

ALMA MATER STUDIORUM – UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

DOTTORATO DI RICERCA
IN
DIRITTO COSTITUZIONALE
(SSD IUS/08)

CICLO XX

I PRINCIPI COSTITUZIONALI IN MATERIA PREVIDENZIALE
E LA LORO DIMENSIONE *INTERTEMPORALE*

Presentata da :
dott.ssa VERONICA VALENTI

Coordinatore del Dottorato:
Chiar.mo Prof. AUGUSTO BARBERA

Relatore:
Chiar.mo Prof. ANTONIO D'ALOIA

ANNO 2009

INDICE

- CAPITOLO I -

DALLE PRIME GARANZIE LEGISLATIVE ALLE GARANZIE COSTITUZIONALI IN MATERIA PREVIDENZIALE

PAG. 7

1. Introduzione.
2. La previdenza sociale tra beneficenza e assistenza: dalle origini allo Stato di diritto. Cenni.
3. La nascita della moderna previdenza sociale e la questione sociale del XIX secolo, nello Stato 'sociale' liberale.
 - 3.1. La previdenza sociale del XIX: tra mutualismo e assicurazioni sociali. La 'stagione' della legislazione sociale.
 - 3.2. L'esperienza mutualistica quale espressione di solidarietà spontanea, voluta 'dal basso'.
 - 3.3. La legislazione sulle assicurazioni sociali quale espressione di 'solidarietà ottriata'.
 - 3.3.1. Alla ricerca di un fondamento giuridico per giustificare il passaggio da forme di solidarietà spontanea a forme di 'solidarietà ottriata' in materia previdenziale.
 - 3.3.2. La previdenza sociale tra la fine del XIX e inizio del XX secolo: dal modello tedesco a quello italiano.
4. La previdenza sociale e la forma di Stato totalitario: la solidarietà come collaborazione tra classi nell'interesse della Nazione.
5. La fase di transizione: dallo Stato sociale liberale allo Stato sociale democratico. Ovvero: dalla solidarietà 'ottriata' alla solidarietà partecipata e costituzionalmente garantita.
 - 5.1. Il diritto alla liberazione dal bisogno nelle Carte internazionali e nell'ordinamento giuridico inglese a ridosso del secondo conflitto mondiale.
 - 5.2. L'eco del *Beveridge plan* in Italia: reazioni e i lavori della Commissione Pesenti e D'Aragona.
 - 5.3. Il dibattito in Assemblea Costituente in merito alla formulazione dell'art. 38 Cost.

- CAPITOLO II -

I PRINCIPI COSTITUZIONALI IN MATERIA PREVIDENZIALE E LA LORO DIMENSIONE INTERTEMPORALE

PAG. 37

1. I principi fondamentali della sicurezza sociale.
2. L'art. 38 della Costituzione: le diverse interpretazioni e i diversi orientamenti della dottrina.
 - 2.1. La portata letterale della disposizione costituzionale.

- 2.2. L'apporto della dottrina alla definizione del modello costituzionale di sicurezza sociale. L'art. 38 Cost.: concezione unitaria e dualista di tale modello. Cenni.
- 2.3. L'art. 38 Cost. e il pluralismo sociale: la costruzione di un modello di sicurezza sociale quale espressione di una 'solidarietà a cerchi concentrici'.
3. La 'parola alla Corte Costituzionale': il carattere aperto del modello costituzionale di sicurezza sociale. L'art. 38 Cost. quale espressione di un'obbligazione solidale di risultato e non di mezzo.
4. L'inviolabilità del diritto a ricevere una prestazione pensionistica.

- CAPITOLO III -

LA SOLIDARIETÀ INTERGENERAZIONALE

E IL CONDIZIONAMENTO DELL'EQUILIBRIO FINANZIARIO.

IL DIALOGO TRA IL LEGISLATORE E LA CORTE COSTITUZIONALE:

UNA PROSPETTIVA DIACRONICA.

PAG. 57

- SEZIONE I -

Il fondamento teorico della solidarietà intergenerazionale

pag. 57

1. Dall'inviolabilità all'intertemporalità dei diritti fondamentali. Introduzione al problema..
2. Il fondamento giuridico della responsabilità intergenerazionale in senso ampio: da «*Il concetto di diritto*» di H.L.A. Hart alla *teoria della responsabilità intergenerazionale* come contenuto minimo di un nuovo diritto naturale di R. Bifulco.
3. L'apertura al futuro delle Carte costituzionali. La possibile configurazione di un principio costituzionale di responsabilità intergenerazionale.
4. La questione intergenerazionale come questione di giustizia sociale intertemporale. I diritti e doveri dietro un velo d'ignoranza: la responsabilità intergenerazionale nella teoria di J. Rawls.
5. Dal generale al particolare: la solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico pubblico e la problematica (in)sostenibilità dell'equità intergenerazionale.
6. Dalla solidarietà al conflitto intergenerazionale. Le cause dell'attuale insostenibilità della solidarietà intergenerazionale.
- 6.1. Le trasformazioni del mercato del lavoro e il mancato adeguamento della rete di protezione sociale alla nuova realtà.
- 6.2. Il processo di invecchiamento demografico della popolazione e il problema della equa distribuzione tra generazione dei 'costi' delle riforme pensionistiche.
7. Equità intergenerazionale e 'principio del giusto risparmio'. Il rispetto dell'equilibrio finanziario quale prima forma di responsabilità giuridico-economica verso le generazioni future.

7.1. La rilevanza dell'art. 81 Cost. per la realizzazione dell'equità intergenerazionale.

- SEZIONE II -

Le ragioni dell'equilibrio finanziario nelle scelte decisionali del Legislatore.

pag. 86

1. Le riforme in materia previdenziale: la progressiva razionalizzazione del sistema pensionistico. Introduzione.
2. Il quadro normativo fino agli anni '90.
3. Gli interventi di razionalizzazione del sistema previdenziale degli anni '90.
4. La Riforma Maroni: la Legge delega n. 432 del 2004, i decreti attuativi e i correttivi introdotti con la Riforma Damiani (Legge n. 237 del 2007). Cenni.
5. In particolare: la disciplina della previdenza complementare introdotta con Decreto Legislativo n. 252 del 2005.

- SEZIONE III -

La Corte costituzionale quale 'giudice di opportunità'.

L'incidenza dell'equilibrio finanziario nelle e sulle decisioni della Corte costituzionale

pag. 106

1. Introduzione. La Corte costituzionale quale *giudice di opportunità* e la previdenza sociale.
2. Il condizionamento dell'equilibrio finanziario sul contenuto delle decisioni della Corte costituzionali.
 - 2.1. Sul concetto di adeguatezza del trattamento pensionistico.
 - 2.2. La garanzia dell'effettività dell'adeguatezza dei trattamenti pensionistici: la perequazione automatica dei trattamenti.
3. Dalla limitata applicabilità della teoria dei diritti quesiti in materia previdenziale alla ragionevolezza di riforme pensionistiche *in pejus*: Un possibile 'appiglio' per fondare una teoria sulla equità intergenerazionale? L'orientamento della Corte costituzionale.
 - 3.1. Il dibattito dottrinale in merito all'intangibilità dei diritti previdenziali quesiti.
 - 3.2. Leggi retroattive in materia previdenziale e principio di affidamento dei cittadini nella certezza del diritto. Cenni.
 - 3.3. L'irrilevanza, nella giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale della distinzione tra leggi innovative e leggi interpretative autentiche. Cenni.
 - 3.4. Diritti previdenziali quesiti, esigenza di salvaguardare l'equilibrio finanziario e *reformatio in pejus*. L'orientamento della Corte costituzionale.
4. Equilibrio finanziario e tecniche decisorie della Corte costituzionale. Un breve *excursus*.
 - 4.1. Le sentenze che costano: aspetti problematici del rapporto tra sindacato di legittimità e art. 81, quarto comma, Cost.

- 4.2. Le alternative alle sentenze che ‘costano’.
- 4.2.1. Le decisioni di *«incostituzionalità accertata ma non dichiarata»*.
- 4.2.2. Le decisioni di costituzionalità provvisoria e quelle di incostituzionalità sopravvenuta o differita.
- 4.2.3. Intervento bifasico di autoremissione.
- 4.2.4. Le sentenze additive di principio, in una prospettiva diacronica.
- 5. I diversi modi di ‘declinare’ la ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale.
- 5.1. La non iniquità, in una prospettiva temporale, del ragionevole bilanciamento tra diritti sociali e risorse finanziarie disponibili.
- 5.1.1. Il contenuto minimo essenziale del diritto alla pensione.
- 5.1.2. Il principio di gradualità nell’attuazione delle riforme pensionistiche, quale meccanismo di garanzia dell’equità intergenerazionale in materia pensionistica.

- CAPITOLO IV -

GLI STRUMENTI PREVIDENZIALI A GARANZIA DELL’EQUITÀ INTERGENERAZIONALE

PAG. 181

- 1. Introduzione.
- 2. Il graduale innalzamento dell’età pensionabile.
- 2.1. La parità uomo-donna nell’età pensionabile.
- 2.1.1. La ricostruzione del quadro normativo interno e comunitario.
- 2.1.2. La procedura d’infrazione avviata contro l’Italia e la decisione della Corte di giustizia (C-46/07) del 13 novembre 2008.
- 2.1.3. La proposta di riforma della disciplina dell’età pensionabile, in esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia.
- 3. Il ruolo della previdenza complementare in questa ‘partita con il futuro’.
- 3.1. La dimensione costituzionale della previdenza complementare.
- 3.1.1. Il ‘vincolo di destinazione’ della previdenza complementare all’interesse tutelato ai sensi dell’art. 38 II comma Cost.
- 3.1.2. Aspetti problematici.
- 4. Osservazioni conclusive: la solidarietà intergenerazionale e lo Stato sociale nelle democrazie postmoderne.

BIBLIOGRAFIA

PAG. 205

- CAPITOLO I -

DALLE PRIME GARANZIE LEGISLATIVE ALLE GARANZIE COSTITUZIONALI IN MATERIA PREVIDENZIALE

SOMMARIO. 1. Introduzione. – 2. La previdenza sociale tra beneficenza e assistenza: dalle origini allo Stato di diritto. Cenni. – 3. La nascita della moderna previdenza sociale e la questione sociale del XIX secolo, nello Stato ‘sociale’ liberale. – 3.1. La previdenza sociale del XIX: tra mutualismo e assicurazioni sociali. La ‘stagione’ della legislazione sociale. – 3.2. L’esperienza mutualistica quale espressione di solidarietà spontanea, voluta ‘dal basso’. – 3.3. La legislazione sulle assicurazioni sociali quale espressione di ‘solidarietà ottriata’. – 3.3.1. Alla ricerca di un fondamento giuridico per giustificare il passaggio da forme di solidarietà spontanea a forme di ‘solidarietà ottriata’ in materia previdenziale. – 3.3.2. La previdenza sociale tra la fine del XIX e inizio del XX secolo: dal modello tedesco a quello italiano. – 4. La previdenza sociale e la forma di Stato totalitario: la solidarietà come collaborazione tra classi nell’interesse della Nazione. – 5. La fase di transizione: dallo Stato sociale liberale allo Stato sociale democratico. Ovvero: dalla solidarietà ‘ottriata’ alla solidarietà partecipata e costituzionalmente garantita. – 5.1. Il diritto alla liberazione dal bisogno nelle Carte internazionali e nell’ordinamento giuridico inglese a ridosso del secondo conflitto mondiale. – 5.2. L’eco del *Beveridge plan* in Italia: reazioni e i lavori della Commissione Pesenti e D’Aragona. – 5.3. Il dibattito in Assemblea Costituente in merito alla formulazione dell’art. 38 Cost.

1. Introduzione.

E’ sicuramente condivisibile il pensiero di chi, come S. HERNANDEZ¹, considera una stortura rinvenire, nella storia antica, esempi di ciò che noi oggi definiamo giuridicamente ‘previdenza sociale’. Essa assume infatti il significato ‘moderno’ solo con la nascita e l’affermazione del concetto di Stato sociale, che si pone il compito primario di *liberare l’uomo dal bisogno*.

Tuttavia, ritengo che, per comprendere la genesi e l’evoluzione di alcuni istituti giuridici previdenziali, si dovrebbe abbandonare – quanto meno in questa prima fase ricostruttiva dell’istituto – quella visione kelseniana del diritto che poggia, come noto, sulla netta scissione tra il *sein* e il *sollen sein*.

In materia giuslavoristica, infatti, il metodo giuridico si intreccia spesso con quello sociologico e storico. E ciò, per effetto di diversi fattori (sociali, politici, demografici ed economici) che condizionano il *sollen sein* dei singoli istituti previdenziali. Ed anche per la consequenziale dinamicità di tali fattori, che riflettono, nel loro *dover essere e divenire*, la stessa percezione storica, politica e giuridica della naturale socialità dell’uomo aristotelico, il quale *si fa* gruppo, comunità ed infine, agli albori della storia moderna, Stato.

¹ S. HERNANDEZ, *Lezioni di storia della previdenza sociale*, Padova, 1972 p. 10 e ss.; Cfr. anche L. CONTI, *L’assistenza e la previdenza sociale. Storia e problemi*, Bologna, 1958, p.3.

Si può quindi sostenere sin da subito che, nel Testo Costituzionale, il diritto sociale ad una prestazione previdenziale è: *a)* da una parte, il riflesso immediato di una nuova visione etica e giuridica della persona umana; *b)* dall'altra parte, il riflesso (o l'evoluzione) di quel generico vincolo, che nasce come spontaneo, di solidarietà sociale, e che va a contraddistinguere, nel tempo, gradualmente, con diverse dinamiche e con crescente intensità, le diverse forme di Stato ².

Seguire, dunque, i 'percorsi della solidarietà' in materia previdenziale (prima come fatto e poi come principio e dovere giuridico), e verificare il diverso e più o meno intenso tasso di socialità che contraddistingue le diverse forme di Stato³, può aiutare a comprendere il significato e le trasformazioni del sistema di protezione sociale negli ordinamenti democratici moderni.

Seguendo quindi il paradigma solidarietà-forma di Stato, è possibile individuare alcuni passaggi salienti della previdenza italiana:

- la crescente 'emancipazione' della materia previdenziale dall'assistenza e dalla beneficenza pubblica, di pari passo con il riconoscimento, nel tempo, del valore etico, sociale e giuridico del *lavoro* e dello *status* di *lavoratore*;
- la nascita delle assicurazioni sociali e, con il tendenziale superamento del mutualismo, lo sviluppo di una visione privatistica degli istituti previdenziali;
- l'intervento statale e l'affermazione, nelle democrazie moderne, della necessità e dell'obbligatorietà di forme di previdenza sociale quale espressione di una più ampia solidarietà collettiva;
- il passaggio, infine, della tutela del lavoratore, di fronte alla vecchiaia, dal livello legislativo al livello costituzionale.

² Cfr. P. BARCELLONA, *La solidarietà come fatto e come diritto*, in *Lav. e Dir.*, 1996, p. 3 e ss., secondo cui: «La solidarietà non può esistere come diritto se non esiste come fatto e ... la dimensione delle regole giuridiche presa isolatamente può essere ingannevole...». La solidarietà 'come diritto', dunque, è «il riconoscimento di un legame sociale in base al quale ciascuno di noi appartiene a qualche cosa che ci trascende e ci accomuna, stringendoci in relazioni non mercantili».

³ Come sosteneva V. CRISAFULLI ne *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 116 e ss., «ogni ordinamento costituzionale, qualunque sia il tipo di regime su cui si fonda e lo schema formale in cui si inquadra, ha sempre un contenuto sociale, in quanto non può non regolare, almeno nelle linee generali, i rapporti tra la società statale e il soggetto o i soggetti cui spettano i poteri sovrani nell'ambito di essa». Sul rapporto tra diritti fondamentali e Forme di Stato, cfr. L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1995, p. 33 e ss.

2. *La previdenza sociale tra beneficenza e assistenza: dalle origini allo Stato di diritto. Cenni.*

Inevitabilmente, negli ordinamenti antichi, in cui il *lavoratore* non è soggetto di diritto, non sembra esservi traccia di interventi di previdenza sociale, se non come forme di assistenza, sporadicamente pubblica, più sovente ad iniziativa privata, verso i soggetti più deboli.

Gli interventi previsti nella democrazia ateniese a favore degli *αδυνατοι*, che ricevevano oboli quotidiani su concessione del Consiglio dei Cinquecento, così come le *alimentationes* e le *frumentiones* della Roma repubblicana, con cui venivano forniti agli orfani e alle persone anziane alimenti e frumento a basso costo o gratuitamente, possono infatti rappresentare archetipi di forme solidaristiche pubbliche di assistenza ai bisognosi, indistintamente intesi.

Forme assistenziali erano pure le *εθνηριε* greche, le *artes* e i *collegia teniorum* romani, rudimentali organizzazioni tra *lavoratori* sorte con lo scopo di garantire il funerale e la sepoltura degli appartenenti, che rappresentano i primi esempi di mutualismo, su cui si fonderanno anche le corporazioni medioevali.

Con l'avvento del cristianesimo, e con l'affermazione di una nuova visione dell'uomo e della società, a partire dalla caduta dell'Impero romano e per tutto il Medioevo, la Chiesa cattolica, in assenza di interventi assistenziali pubblici strutturati, assume progressivamente un ruolo esclusivo nella realizzazione di interventi assistenziali e benefici.

In questo contesto, l'unico intervento normativo *lato sensu* previdenziale è rappresentato dall'editto di Rotari del 643, con cui, per la prima volta, viene affermata la responsabilità civile del datore di lavoro in particolari casi di infortuni del prestatore d'opera.

Ma il fenomeno più interessante, nell'ambito della società medioevale europea, è rappresentato dall'istituzione delle corporazioni dei mestieri, ad iniziativa degli artigiani, con il fine di realizzare forme di reciproca assistenza degli appartenenti a fronte di eventi sfavorevoli, come la vecchiaia, la vedovanza, la malattia, l'invalidità. Si tratta di una prima forma di solidarietà tra gli appartenenti ad una medesima categoria, prestatori d'opera o datori di lavoro, però ancora lontana dal mutualismo

che caratterizzerà i rapporti lavorativi del XIX sec.⁴

Solo nel XVI secolo si intravedono i segnali di un primo mutamento.

Il diverso clima politico, segnato dalla diffusione della riforma protestante e dal delinearsi del pensiero giusnaturalista, che imponeva una nuova visione del rapporto tra individuo e Stato e una nuova lettura di istituti giuridici di diritto civile, ma anche l'affacciarsi di nuovi bisogni, e la conseguente nascita di nuovi interessi economici, determinano una sempre più marcata laicizzazione dell'assistenza e della beneficenza. E ciò, anche per la incapacità delle organizzazioni ecclesiastiche di far fronte da sole ai bisogni di una nuova e sempre crescente povertà.

E' in questo contesto che, nel 1598, Elisabetta I di Inghilterra, emana le discusse *poor laws* (destinate a rimanere in vigore fino al 1834 e, con varie modifiche, anche oltre) con cui, per la prima volta, si configura un diritto al soccorso pubblico correlato all'obbligo delle istituzioni locali di gestire un'organizzazione di sussidi alimentata dalla solidarietà generale della comunità, in quanto finanziata attraverso i proventi delle *poor rate* imposte ai contribuenti in proporzione alle proprie entrate. Ma, va anche detto, il programma assistenziale elisabettiano poggia su un concetto di povertà in termini di colpa. Solo agli invalidi, quindi, vengono garantiti soccorsi domiciliari o presso ricoveri. Mentre i poveri non invalidi vengono inviati ai lavori forzati, all'interno delle *Workshouses*, senza fare differenze per bambini ed anziani.

Un tale sistema, dunque, in un paese in cui la rivoluzione industriale si va affermando con largo anticipo rispetto all'Europa continentale, si traduce in occasione di sfruttamento della forza lavoro e di punizione degli individui per la loro povertà: il rifiuto del lavoro coatto, infatti, comporta la perdita al diritto ad usufruire di ogni tipo di soccorso.

⁴ Tuttavia, la dottrina è alquanto divisa nel riconoscere carattere previdenziale a tali organizzazioni. Vi è chi, come CIOCCA, interpreta il fatto che le corporazioni godano di un certo riconoscimento giuridico, che vi sia uno statuto che disciplini i rapporti tra gli appartenenti e soprattutto che sia previsto il versamento di contributi periodici degli appartenenti verso forme di assistenza (pur senza prevedere vere e proprie rendite) in caso di determinati eventi, un primo distacco dalla matrice assistenziale e da ogni intervento di stampo benefico. Altri, come SAPORI, analizzando le dinamiche di singole corporazioni fa un distinguo tra corporazioni, come quella dell'Arte dei Calzolai di San Sepolcro del 1378, in cui prevale la matrice assistenziale e corporazioni, come quella dei *Métier des fourreurs de vair* di Parigi del 1319 che realizzava, secondo l'autore, una vera previdenza di gruppo, prevedendo un fondo formato da tasse di immatricolazione e dai versamenti settimanali degli iscritti verso l'erogazione di sovvenzioni anche in caso di malattia.

L'opera di laicizzazione si accentua nel corso del XVIII secolo.

A seguito delle grandi rivoluzioni di fine '700, incomincia a farsi strada, anche nell'Europa continentale, l'idea dell'intervento statale nell'ambito dell'assistenza pubblica.

Gli ideali di eguaglianza e fratellanza nati dalla Rivoluzione, le conseguenti diverse condizioni economico-sociali e la nascita delle teorie giusnaturaliste, in particolare il contrattualismo sociale di Rousseau, impongono allo Stato di farsi carico di un obbligo giuridico e di riconoscere quindi ai cittadini un vero e proprio diritto positivo all'assistenza. In tal senso, se la Dichiarazione del 1789 afferma genericamente che il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali dell'uomo, primo fra tutti il diritto all'esistenza, le diverse Carte rivoluzionarie configurano un primo, embrionale 'diritto sociale' al soccorso pubblico. Ne è un esempio la Costituzione francese dettata da Robespierre nel 1793, la quale, all'art. 21 afferma: «*Le secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler*». ⁵

Si tratta, però, pur sempre di interventi ispirati all'ideologia liberale borghese dell'epoca, su cui si regge lo Stato di diritto: uno Stato, garantista delle libertà e dei diritti dei cittadini, fondato sull'eguaglianza giuridica meramente formale e fautore dell'autonomia privata e della libera iniziativa della classe borghese.

Inevitabile, dunque, che i primi interventi statali assistenziali siano tali da non compromettere più di tanto le dinamiche dei rapporti sociali ed economici tra i cittadini. Il processo di laicizzazione, inoltre, è destinato a subire battute d'arresto: dapprima, in conseguenza della sconfitta dei giacobini da parte dei termidoriani, la parte conservatrice della borghesia rivoluzionaria; e poi per effetto dell'avvento della restaurazione.

E per di più, con l'entrata in vigore del codice napoleonico, viene rafforzata la tutela della libertà di iniziativa economica e della libera concorrenza. Con conseguente 'arretramento' dell'intervento dello Stato, che si astiene dall'intervenire nelle dinamiche dei rapporti di lavoro.

⁵ Si pensi anche alla Costituzione montagnarda del 1793 che attribuisce fini sociali alla lotta politica ed eleva a principio fondamentale il benessere comune. La stessa Costituzione del 1791 disponeva che: «*Verrà creato e organizzato un istituto generale di pubblici soccorsi, per allevare fanciulli abbandonati, soccorrere i poveri infermi e fornire lavoro ai poveri validi che non abbiano potuto procurarselo in altra maniera*».

3. *La nascita della moderna previdenza sociale e la questione sociale del XIX secolo, nello Stato 'sociale' liberale.*

Durante il XIX secolo, la beneficenza e gli interventi assistenziali statali, quale rimedio *ex post* per coloro che versano in stato di bisogno – tipico di uno Stato di polizia paternalista – non sono più sufficienti a fronteggiare la nuova realtà sociale.

La rivoluzione industriale ‘rompe’ i vecchi schemi socio-economici: ad un modello di economia prevalentemente agricola si va sostituendo un modello di economia industriale e commerciale. Si assiste pure ad una forte urbanizzazione, conseguenza degli spostamenti di massa nelle città dove si trovano le prime industrie e imprese produttive. Ma soprattutto, si affermano come pressanti le esigenze della nuova classe sociale operaia, che presta la propria attività lavorativa in assenza delle minime condizioni di garanzia, e che incomincia a percepire l'importanza del proprio ruolo sociale, economico e politico.

La nascita della previdenza sociale, dunque, è strettamente correlata alla emergente questione sociale, a fronte della quale non basta più l'intervento statale *ex post*. Diviene necessario che lo Stato, in ragione del ruolo e dei diversi bisogni del *lavoratore salariato*, intervenga strutturalmente nelle dinamiche socio-economiche e nei rapporti lavorativi con funzione di garanzia del ceto più debole. E si faccia quindi carico *ex ante*, in ragione della solidarietà sociale che si va materialmente affermando, di quegli eventi/rischi socialmente dannosi per la classe lavoratrice.

Nasce così, dunque, l'idea moderna di previdenza sociale: «*Previdenza, perché opera in previsione del verificarsi di eventi determinanti situazioni di bisogno, approntando i mezzi per fronteggiarli; sociale, ... in quanto il sistema relativo rientra nel vasto ambito della disciplina tra classi sociali e d'altra parte, gli eventi al verificarsi dei quali è garantita protezione risultano particolarmente dannosi per i soggetti protetti in relazione a quella che è la struttura attuale della società*»⁶

3.1. *La previdenza sociale del XIX: tra mutualismo e assicurazioni sociali. La 'stagione' della legislazione sociale.*

La storia della previdenza sociale del XIX secolo, come si è visto, è caratterizzata da un crescente intervento statale nelle dinamiche socio-economiche e nei rapporti lavorativi a tutela della allora emergente classe operaia.

Più nello specifico, si fronteggiano due spinte, solo apparentemente contrapposte tra loro, destinate ad intrecciarsi. Si assiste infatti:

⁶ M. PERSIANI, *Il Sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960, p. 7.

- alla creazione di associazioni di mutuo soccorso tra operai, quale forma di auto-organizzazione tra i lavoratori, espressione di una solidarietà volontaria infracategoriale e intercategoriale;

- ed alla previsione *ex lege* dell'obbligatorietà delle assicurazioni sociali, che segna una svolta nella costruzione dello Stato sociale moderno.

3.2. *L'esperienza mutualistica quale espressione di solidarietà spontanea, voluta 'dal basso'.*

Le associazioni di mutuo soccorso sorgono dapprima in Inghilterra, il primo paese in cui, come si è accennato, già sul finire del '700, si erano avvertiti i mutamenti conseguenti alla rivoluzione industriale, tra cui l'affermazione della coscienza di classe e le prime forme di associazionismo operaio.

In Italia, solo nella seconda metà del XIX secolo, specie nell'Italia del Nord, tali associazioni si consolidano⁷, quale reazione alla realtà socio-economica del tempo, caratterizzata da un crescente peggioramento delle condizioni di lavoro.

Si tratta di associazioni di operai nate con lo scopo di ripartire tra gli associati l'onere dei rischi di eventi che compromettono la capacità lavorativa (come la vecchiaia, gli infortuni sul lavoro o la malattia) e caratterizzate, rispetto alle forme assistenziali, da una certa autonomia finanziaria, garantita attraverso contributi versati periodicamente dagli associati.⁸

Tali associazioni, fino a quando non si pongono fini politici, godono dell'appoggio della borghesia liberale e della classe dirigente, la quale, nell'esperienza del mutualismo, vedeva la possibilità di alleviare gli oneri della beneficenza pubblica e privata, uno stimolo al risparmio ed anche uno strumento di pacificazione sociale con le classi emergenti.

Fino all'Unità d'Italia, le associazioni di mutuo soccorso aumentano di numero, aprono l'iscrizione alle donne e contemplano aggregazioni di fanciulli, per i quali il contributo viene ridotto. Ed ampliano le proprie finalità: dalla protezione della

⁷ CIOCCA p. 458, anche se alcuni studiosi fanno risalire alla metà del '700 le prime forme di associazioni.

⁸ L'esempio più studiato è rappresentato dall'associazione dei calzolari di Pinerolo del 1844. Si trattava di una associazione in cui contributi fissati a carico degli iscritti erano inizialmente previsti per garantire agli associati prestazioni in caso di malattia; successivamente, nel 1848, essa si trasformò nella Società generale degli operai, aprendo le iscrizioni a tutti i lavoratori di una stessa città, prescindendo dal mestiere, e garantendo una tutela non solo in caso di malattia ma anche di disoccupazione e attuando una primordiale forma di ricongiunzione assicurativa in caso di cambio di residenza per motivi di lavoro. Sempre in tale contesto va inserito il 'patto di aggregazione' del 1850 tra diverse società operaie (quella di Tortona, Novi Ligure, Pinerolo, Casale e Torino) che prevedeva che i contributi potessero essere versati in una di queste città in caso di trasferimento, mentre la prestazione era garantita sempre dalla società d'origine.

malattia alle pensioni per inabili da lavoro o per vecchiaia; dall'educazione professionale alle prime forme di tutela in caso di disoccupazione, fino alla edilizia popolare.

Dopo l'Unità, però, le associazioni di mutuo soccorso incominciano a risentire dei fermenti politici dell'epoca.

Lo stesso Giuseppe Mazzini propone di inserire, tra le finalità di tali associazioni, scopi politici, quali la rivendicazione del suffragio universale, che avrebbe rafforzato l'idea di Repubblica, la classe operaia stessa e la partecipazione della nuova classe alla vita politica del Paese. Non a caso, durante il Congresso di Napoli del 1864, viene adottato l'Atto di fratellanza delle società operaie italiane, nel cui preambolo si riconosce, come finalità prima cui le associazioni di mutuo soccorso devono tendere, «*il progresso morale, intellettuale ed economica della classe operaia*».

Tuttavia, gli ideali mazziniani faticano a radicarsi tra gli iscritti alle mutue, innanzitutto perché l'azione di proselitismo mazziniano giunge solo agli artigiani e ai settori più colti della classe operaia. E poi, perché, sotto l'influsso dell'Internazionale, incomincia a diffondersi gli operai la dottrina socialista.

I socialisti, ma anche i cattolici⁹ intravedono nelle mutue un valido strumento per risvegliare la coscienza di classe, che si affermerà sulla scena politica di fine secolo con la nascita dei grandi partiti di massa.

E così, in un clima politico e sociale piuttosto acceso, caratterizzato da forti contraddizioni sulla effettiva garanzia delle libertà di associazione e di riunione, e segnato pure dalla nascita di organizzazioni sindacali influenzate dall'ideologia comunista, si delinea un primo intervento statale in materia di libertà di autoregolamentazione delle mutue soccorso.

Tra il 1876 e il 1886, sulla scia di quanto già sperimentato in paesi come l'Inghilterra o la Germania¹⁰, vengono proposti in Parlamento alcuni progetti di legge volti a dettare una disciplina delle associazioni di mutuo soccorso. La discussione di tali progetti di legge suscita un vivace dibattito tra chi, come i

⁹ Particolare è l'esperienza delle mutue cattoliche. Durante il Congresso nazionale cattolico, tenutosi a Venezia nel 1874, venne presentata una mozione con cui si sollecitava l'istituzione di associazioni di mutuo soccorso di ispirazione cattolica. Si trattava di un avvenimento importante perché dimostrava come presso i cattolici il problema fosse avvertito al punto tale da superare il divieto di ingerenza nella vita politica e economica del Paese. Il pensiero sociale cristiano tendeva così ad acquistare una propria fisionomia e a preparare le chiarificazioni che l'Enciclica *Rerum Novarum* del 1891 di Leone XIII offrirà sulle posizioni cattoliche nei riguardi delle problematiche economico sociali.

¹⁰ Le *friendly societies*, sorte in Inghilterra già durante la metà del XVIII secolo, trovano una loro disciplina nel *Rose Act* del 1793. Così come nel 1876 viene emanata in Germania la legge d'iniziativa liberale sulle casse di soccorso.

conservatori liberali, guarda con favore ad una tale possibilità e chi, cattolici e socialisti, giudica un simile intervento legislativo come un'ingerenza nell'organizzazione libera e autonoma delle associazioni di mutuo soccorso.

La legge, comunque, viene approvata nel 1886¹¹. Il riconoscimento alle mutue della personalità giuridica ed il beneficio di esenzioni fiscali favore delle stesse è sottoposto alla condizione del perseguimento di determinate finalità: *a)* assicurare agli associati un sussidio in caso di malattia, inabilità al lavoro o vecchiaia, versando tale sussidio, in caso di morte, ai congiunti di soci defunti; *b)* concorrere all'educazione degli associati e delle loro famiglie; *c)* prestare aiuto agli associati per l'acquisto delle attrezzature occorrente per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Tuttavia, la legge non produce effetti rilevanti. Non tutte le mutue, infatti, chiedono il riconoscimento della personalità giuridica. Tanto che, dopo il 1886, vi sono:

- associazioni di fatto, prive di riconoscimento giuridico;
- associazioni di mutua assicurazione istituite secondo quanto disposto dall'allora vigente Codice di commercio;
- associazioni costituite con Regio Decreto, come enti morali autorizzati dall'autorità amministrativa in conformità all'art. 2 del Codice civile, abilitate a concedere pensioni di vecchiaia;
- associazioni istituite ai sensi della ricordata legge n. 3818 del 1886.

Ma, nonostante ciò, proprio in questo periodo inizia il declino dell'esperienza mutualistica, legato a diversi fattori, innanzitutto a dinamiche dell'organizzazione interna. Le mutue incominciano ad essere inadeguate di fronte alle nuove istanze sociali: la gran parte degli operai non riescono a versare regolarmente i contributi; il principio di condivisione dei rischi individuali non è accompagnato da un calcolo tecnico dei rischi stessi; la gestione delle risorse non è oculata e qualificata; infine, il perseguimento di fini non più solo previdenziali, ma anche politici, snatura l'organizzazione delle associazioni.

In conseguenza di ciò, le associazioni di mutuo soccorso finiscono per perdere progressivamente il ruolo di organismi di protezione sociale e di rappresentanti del movimento operaio.

E ciò a differenza di altri Stati europei, come l'Inghilterra, in cui le *friendly societies*, alla fine '800, insieme con le *trade unions*, potenziano il loro ruolo previdenziale ed esercitano tutta la loro forza politica. O come in Germania, dove Bismark accetta di

¹¹ Legge n. 3818 del 1886.

preservare il ruolo delle società operaie e dei gruppi professionali intermedi che, pur trasformati in enti di diritto pubblico, riescono a conservare una certa autonomia finanziaria, amministrativa interna¹². Avanzando sempre più l'idea della necessità di un intervento statale più strutturato in materia previdenziale, l'esperienza mutualistica incominciava, contestualmente a svuotarsi di contenuto.

3.3. *La legislazione sulle assicurazioni sociali quale espressione di 'solidarietà ottriata'.*

3.3.1. *Alla ricerca di un fondamento giuridico per giustificare il passaggio da forme di solidarietà spontanea a forme di 'solidarietà ottriata'.*

Il merito delle mutue assicuratrici, come ricorda Venturi, è di aver superato l'impostazione meramente assistenziale e di aver piegato il principio assicurativo a logiche previdenziali, prevedendo l'obbligo di fornire «...una prestazione riparatrice al verificarsi dell'evento, in base ad un accertamento obiettivo dei fatti che non implica valutazioni discrezionali e fa sorgere la certezza di un diritto», con conseguente ripartizione del rischio tra i soci lavoratori.

Tale principio, tuttavia, calato nella logica delle associazioni di mutuo soccorso, rimane pur sempre limitato, in quanto le mutue realizzano garanzie previdenziali libere e facoltative. Pertanto, l'onere delle prestazioni previdenziali, ed anche il rischio dell'evento protetto, continua a gravare unicamente sui lavoratori, rimanendo esclusa la responsabilità sociale (e giuridica) dello Stato e dei singoli datori di lavoro.

Si tratta, a quel punto, di rinvenire un fondamento giuridico per giustificare la responsabilità giuridica e sociale dei datori di lavoro, oltre che lo stesso intervento stesso statale, guardando anche a esperienze di paesi più evoluti sotto il profilo delle garanzie previdenziali, come la Germania.

Il dibattito, in quegli anni particolarmente vivace, riguarda inizialmente la tutela dei lavoratori in caso di infortuni sul lavoro. Dottrina e giurisprudenza cercano di adattare gli istituti civilistici, rifacendosi dapprima alla responsabilità aquiliana, prevista dall'art. 1151 del Codice civile del 1865, per sostenere l'operatività, in materia di infortunistica, dell'inversione dell'onere della prova¹³. Poi, si fa leva sulla

¹² In tal senso M. PACI, *Il sistema di welfare italiano tra tradizione clientelare e prospettive di riforma*, in U. ASCOLI (a cura di), *Welfare state all'italiana*, 1984, p. 312 e segg.

¹³ Rimaneva però esclusa ogni protezione degli infortuni verificati per negligenza, imprudenza, imperizia dell'operaio o per caso fortuito o forza maggiore. Per superare tale inconveniente, dottrina e giurisprudenza spesso sostenevano che operasse un'inversione dell'onere della prova. La dottrina italiana in particolare ha fatto riferimento alla legislazione tedesca: la Germania aveva già emanato il 7 giugno del 1871 la *Rechtshaffpflichtigesetz*, che rifacendosi ad una disposizione contemplata dalla *preußisches Gesetz für die Eisenbahnunternehmungen* dell'8 novembre 1838, introduceva, nel solo nel settore ferroviario, un'inversione dell'onere della prova in quanto, in caso di infortunio sul lavoro spettava alla società ferroviaria dimostrare che il fatto fosse avvenuto per forza maggiore o per colpa dello stesso danneggiato.

responsabilità contrattuale del datore di lavoro per affermare la violazione dell'obbligo di garantire la sicurezza e l'incolumità personale del lavoratore, facendo però salva la possibilità per lo stesso datore di dare la prova del caso fortuito, della forza maggiore e della colpa dell'operaio, ovvero di aver agito secondo l'ordinaria diligenza del buon padre di famiglia.¹⁴ Infine, si cerca di superare la teoria della 'responsabilità senza colpa' e di approdare alla 'responsabilità del datore di lavoro per rischio professionale'. Tuttavia, la tesi della responsabilità del datore di lavoro per rischio professionale, se riesce a giustificare la responsabilità del datore in caso di infortunio sul lavoro, in quanto rischio connesso affettivamente all'attività di produzione, mal si adatta ad altri rischi comuni, la vecchiaia *in primis*, che colpiscono tutti gli uomini. Né una simile tesi è in grado di giustificare, in un secondo tempo, l'estensione graduale di forme previdenziali anche ai lavoratori autonomi¹⁵.

Tanto che la scelta del Legislatore italiano, e più in generale dei Legislatori della maggior parte dei Paesi europei, si muove in un'altra direzione.

Si va cioè delineando il passaggio dalla 'teoria del rischio professionale' alla 'teoria del rischio sociale' e, in tal modo, si tracciano le fondamenta dello Stato sociale moderno.

3.3.2. La previdenza sociale tra la fine del XIX e inizio del XX secolo: dal modello tedesco a quello italiano.

Ciò che permette di abbandonare la visione privatistica fino a quel momento dibattuta in gran parte dei paesi europei, è l'adozione dello schema delle assicurazioni sociali che, mutuato dalle assicurazioni private, presenta però, fin dalle origini, struttura e finalità diverse rispetto all'istituto civilistico.

Le diversità tra i due istituti sono ben evidenziati in un noto saggio di F. Santoro-Passarelli¹⁶. Sotto il profilo strutturale, se è vero che nell'assicurazione sociale sussiste l'assunzione di una molteplicità di rischi contro l'obbligazione al pagamento dei contributi necessari per sostenere l'onere della prestazione, l'istituto pubblicistico differisce dall'istituto privatistico per mancanza di un contratto di assicurazione; per irrilevanza, entro certi limiti, del rischio individuale; per difetto di una assoluta corrispettività tra copertura del rischio e contributi versati; per l'automaticità

¹⁴ Con la particolarità che, in Italia non vigeva alcuna legge o disposizioni che prevedesse tale obbligo. A differenza della Germania, dove, l'art. 120 del codice industriale del 1865 come modificato nel 1878, imponeva l'obbligo in capo al padrone di adottare tutte le misure necessarie a tutelare gli operai contro i pericoli di vita e di salute.

¹⁵ Cfr. M. Persiani, manuale 2007.

¹⁶ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1948, p. 177 e segg.

dell'insorgere del rapporto assicurativo, ciò che prescinde da una qualsiasi manifestazione di volontà del singolo; per la prestazione previdenziale che non assume il carattere di premio né valenza indennitaria.

Ma soprattutto le differenze sono ancor più evidenti, se si guarda alle finalità dei due istituti: «...se l'assicurazione in generale, tendendo a liberare l'uomo dalle conseguenze individuali di quelle circostanze che con la sua sola iniziativa egli non è in grado di modificare, combina la solidarietà sociale con la libertà individuale, questo è più profondamente vero per l'assicurazione sociale che non crea soltanto, ma anche attua la solidarietà sociale»¹⁷.

Infatti, mentre l'assicurazione privata è ancorata a logiche di 'giustizia contributiva', l'assicurazione sociale incomincia a rispondere a logiche di giustizia distributiva in ragione del concorso, più o meno strutturato in origine, dello Stato, divenendo così mezzo di solidarietà sociale.

L'adozione dello schema delle assicurazioni sociali, quale prima forma di previdenza obbligatoria segna, così, una svolta nella storia dello Stato sociale. Come ricorda Ritter, con esse «...si riconobbe implicitamente che esistevano cause sociali di bisogno di cui il singolo non era responsabile e che il perseguimento del benessere individuale, rispettoso della dignità e della libertà del singolo, era compito della società»¹⁸.

Si va così delineando l'idea di rischio - cioè «la possibilità che si verifichi un evento che provoca oggettivamente un bisogno»¹⁹- fortemente correlata alla struttura sociale e economica della comunità, per cui appare necessario imporre la ripartizione dell'onere di eventi, come infortunio, vecchiaia, malattia, disoccupazione, invalidità, maternità tra tutti i membri della comunità organizzata in Stato.

Il dibattito, dunque, sull'adozione delle assicurazioni sociali impone una nuova visione del rapporto tra Stato, individuo e società civile.

Tale dibattito è straordinariamente vivace in Germania e risente fortemente dell'influenza esercitata dalla dottrina giuspubblicistica dell'epoca, per lo più fautrice di un riformismo moderato.

Essa si inserisce in un rapporto di continuità con le teorie del pietismo e del cameratismo (che hanno certamente condizionato, alla fine del XVIII secolo, l'affermazione dello Stato di polizia e del dispotismo illuminato), sviluppando ulteriormente l'idea di Stato come garante e promotore del benessere comune.

¹⁷ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p.191.

¹⁸ Cfr. G. A. Ritter, *Storia dello stato sociale*, p. 63.

¹⁹ Cfr. F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, p.181.

Testimonianza di questo rapporto di continuità (e al contempo di superamento) è il pensiero di R. Von Mohl il quale, coniugando il concetto di Stato di diritto e Stato di polizia, riconosce nella nuova forma di Stato «...la responsabilità sociale di perseguire le condizioni materiali di una società costituita secondo i principi dello Stato di diritto».

La stessa visione idealista di W.F. HEGEL²⁰, basata sull'idea di Stato come oggettivazione dell'Assoluto, come sintesi, ultimo stadio del processo della legge dialettica in grado di superare tesi (rappresentato dalla famiglia) e antitesi (l'intera società civile), comprende il concetto di Stato anche in termini di «strumento sussidiario di provvidenza»; il suo intervento nelle dinamiche socio-economiche, necessitato dal processo di industrializzazione allora in atto, è visto proprio come strumento per superare le tensioni interne della società industriale borghese.

Ancor più significativo delle trasformazioni della forma di stato, a fine '800, è il pensiero di LORENZ STEIN, incentrato sul concetto di 'democrazia sociale', che, pur portando a diverse conclusioni, avrebbe condizionato il pensiero di MARX.

L'intervento dello Stato nelle dinamiche socio-economiche e nei rapporti di lavoro, al fine del raggiungimento del benessere comune, rappresenta uno strumento di risoluzione della tensione tra le due classi sociali contrapposte: la riforma sociale 'dall'alto'. Rappresenta cioè, da una parte, il mezzo attraverso cui la classe operaia può migliorare gradualmente la propria condizione e, dall'altra, lo strumento attraverso cui la classe liberal-borghese può scongiurare un violento stravolgimento dell'assetto politico-costituzionale esistente. Von Stein riconosce anche, però, in questa nuova visione di Stato – erogatore di servizi pubblici, l'importanza del ruolo del libero associazionismo.

Al suo pensiero si sono poi ispirati i socialisti di cattedra riuniti nel *Verein für Socialpolitik* costituito nel 1872.

In particolar modo, A. WAGNER, sostenitore del socialismo di Stato, propone un ampliamento delle funzioni dello Stato e un più marcato intervento pubblico in ambito economico, con il rischio, così, come osservava TOCQUEVILLE, di incorrere in una nuova forma di «*schiavitù regolata, mite e pacifica*».

Sotto l'influsso del socialismo di cattedra, Bismark utilizza la legislazione sociale come strumento di pacificazione e controllo sociale; di garanzia di stabilità della

²⁰ W. F Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma- Bari, 1974.

Nazione e rafforzamento dell'apparato pubblico, nonché come strumento per tentare di 'indebolire' la socialdemocrazia e le organizzazioni sindacali socialiste²¹.

Il progetto del cancelliere tedesco, presentato nel 1881 ma poi bocciato dal *Reichstag*, inizialmente, è estremamente ambizioso e innovativo: prevede la creazione di un Istituto imperiale d'assicurazione ed il concorso finanziario dello Stato diretto ad integrare i contributi versati dal datore di lavoro e dal lavoratore subordinato.

Poi, però, Bismark adotta le riforme sociali in modo molto graduale.

Viene istituita, dapprima, con legge del 15 giugno 1883, l'assicurazione obbligatoria contro le malattie²². Il 6 luglio 1884, viene resa obbligatoria l'assicurazione contro gli infortuni attuabile presso mutue costituite da imprenditori, che hanno l'obbligo di provvedere al finanziamento e di indennizzare i dipendenti infortunati, nella misura di due terzi del salario. In entrambi i casi, rimane escluso un intervento diretto dello Stato.

Solo con la legge del 22 giugno 1889, sull'assicurazione per la vecchiaia e l'invalidità, Bismark riesce nel suo progetto, configurando un intervento diretto dello Stato: datori di lavoro e lavoratori sono tenuti a versare due quinti dei contributi, mentre lo Stato si accollava il versamento del restante.

Al modello tedesco si ispira senza ombra di dubbio la legislazione sociale italiana, per quanto il processo di riforme è nel nostro Paese molto più lento e graduale.

La politica cavouriana degli anni '50-'60, per quanto ispirata dall'intento di attuare riforme sociali per il paese, produce in realtà effetti poco rilevanti per l'ambito previdenziale. Tale politica, volta alla tutela del risparmio, finisce infatti per salvaguardare gli interessi della sola classe liberal-borghese.

Basti pensare alla legge n. 3595 del 15 luglio 1859, con cui viene istituita in Piemonte la Cassa di rendite vitalizie per la vecchiaia: l'aspetto positivo è rappresentato dal fatto che detta legge introduce una assicurazione sottoscrivibile da tutti, consentendo di fare in modo che i contributi versati dai lavoratori possano essere integrati da quelli versati dal datore di lavoro se disponibile²³.

²¹ La legislazione sociale guglielmina venne emanata proprio in un periodo di repressione (in conseguenza della legislazione antisocialista degli anni 1878-1890) del partito socialdemocratico e dei sindacati liberi che, nonostante ciò, poterono contare, per una loro ricostruzione, proprio sull'appoggio delle associazioni operaie.

²² Si trattava di un istituto che, in realtà, si poneva in linea di continuità con l'esperienza ormai consolidata delle *Krankenkassen*: i lavoratori avevano l'obbligo di iscriversi a specifici Fondi di malattia, organizzati su base categoriale o comunale, come enti di diritto pubblico, aventi personalità giuridica. I fondi erano finanziati per due terzi dai lavoratori e per un terzo dai datori di lavoro.

²³ Erano previsti requisiti anagrafici (50-65 anni) e contributivi (non inferiore a lire 5 e non superiore a lire 1.600 annui).

Tuttavia, si tratta pur sempre di un istituto che realizza una forma previdenziale facoltativa, che incentiva il risparmio ed è fruibile solo dalla classe borghese, non certamente dalla maggior parte dei lavoratori.

Con l'avvento della sinistra al governo, le riforme sociali vengono nuovamente poste al centro del programma politico: si discute sulle modalità attraverso cui realizzare la tutela contro gli infortuni sul lavoro e sulle modalità per dare avvio alla previdenza pubblica.

Nasce così, per usare parole di Lamberico, l'idea secondo cui il soggetto della legge economica sia l'uomo e pertanto, secondo *«il principio [per cui], gli interessi particolari, portando perturbazione e contrasto all'interesse comune e perciò offendendo talora l'economia persino nel suo soggetto, cioè l'uomo, non possono le armonie economiche ristabilirsi, se l'uomo non viene preservato nell'integrità delle sue forze e facoltà»*.

Tuttavia, le proposte di leggi si limitano alla ricostruzione della cassa cavouriana. Esse, cioè, si rifanno all'idea di istituti previdenziali quali istituti complementari rispetto alle casse di risparmio, nonostante la legislazione bismarkiana fosse piuttosto nota anche in Italia.

Nemmeno durante il Governo Crispi, che pur si è reso fautore di importanti riforme sociali²⁴, vengono introdotte riforme in materia di tutela contro la vecchiaia.

Solo alla fine del secolo, con il Governo Pelloux²⁵ vengono varate due leggi piuttosto significative per l'evoluzione della previdenza italiana: la legge n. 80 del 17 marzo 1898, che rende obbligatoria l'assicurazione contro gli infortuni e la legge n. 350 del 17 luglio 1898, istitutiva della Cassa nazionale di previdenza per l'invalidità e

²⁴ Si pensi alla riforma del 1880 della beneficenza e delle opere pie; alla legge n. 1473 del 1883 con cui si realizzava una prima forma facoltativa di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro o, infine, alla Legge del 1888 sulla tutela della igiene e della sanità pubblica.

²⁵ Tali riforme furono condizionate dal clima politico ed economico dell'epoca. Da una parte, infatti, l'Italia era attraversata da un decollo industriale tardivo che evidenziava ancor più la precarietà della classe lavoratrice; l'affermazione di orientamenti riformisti all'interno delle nuove organizzazioni del movimento operaio facevano maturare la consapevolezza che la mutualità volontaria non fosse più sufficiente; nel 1892, Turati fondava il Partito socialista italiano che premeva per un intervento legislativo che introducesse l'assicurazione obbligatoria anche contro la vecchiaia, senza però sottrarre alle mutue soccorso quell'autonomia di gestione faticosamente conquistata. Dall'altra parte, Pelloux, la cui politica era contraddistinta da una forte ostilità nei confronti delle organizzazioni operaie e contadine, dal tentativo di indebolimento del ruolo della Camera dei Deputati e di rafforzamento del potere esecutivo, mirava ad ottenere il consenso di tutte le forze politiche.

per la vecchiaia degli operai²⁶.

Il comune principio ispiratore di tale legge, però, è ancora quello di una forma di protezione sociale voluta ‘dall’alto’, ‘concessa’ della classe dominante nei confronti della classe subalterna, dimostrando, ancora una volta, come la questione sociale sia avvertita in termini problematici per l’ordine pubblico²⁷.

Si tratta, dunque, di una ‘legge-manifesto’, che risente dell’impostazione liberale dell’epoca.

Lo Statuto Albertino, infatti, proclamando l’eguaglianza tra i cittadini senza garantire un effettiva giustizia sociale (art. 24), tutela, nello spirito del pensiero liberale, l’individuo e la sua libera intraprendenza, senza prevedere meccanismi che possano attutire i processi generatori delle disuguaglianze economiche e sociali tra i cittadini. Da questo punto di vista, è vero che nella vigenza dello Statuto Albertino, carta costituzionale flessibile, il diritto ad una prestazione pensionistica, quale espressione del principio di solidarietà sociale, si va lentamente affermando. Ma è altrettanto vero che non v’è alcuna discrasia tra costituzione formale – che non riconosceva tale diritto sociale – e costituzione materiale, tenuto conto delle finalità del Legislatore liberale.

E così, la legge si traduce in uno strumento di protezione sociale debole: la partecipazione alla cassa è ancora su base volontaria; lo Stato ha un ruolo marginale; non v’è alcun riferimento alla responsabilità del datore di lavoro. Inoltre, tale istituto è accessibile solo per gli operai maggiormente retribuiti, ma non per la massa dei lavoratori.

All’inizio del XX secolo, durante l’età giolittiana (con l’insediamento del governo Zanardelli prima e con il l’insediamento del governo Giolitti nel 1911, poi), si introducono le premesse per una riforma previdenziale strutturata.

²⁶ Secondo la legge n. 350 del 1898, l’iscrizione alla cassa libera e volontaria era aperta a tutti i cittadini italiani di ambo i sessi, anche minorenni che svolgevano lavori manuali o prestavano servizio ad opera o a giornata. Il contributo minimo era di 6 lire, versabili anche a rate non inferiore a 50 centesimi; il massimo era di 100 lire. La pensione di vecchiaia era attribuita dopo almeno 25 anni di contribuzione a 60 o a 65 anni di età. Il Consiglio di amministrazione della Cassa era composto da tre rappresentanti dei ministeri dell’agricoltura, del tesoro, poste e telegrafo, da rappresentanti delle casse risparmio e di altri enti morali. Si prevedeva, inoltre, che i rappresentanti degli operai iscritti, sarebbero venuti a farne parte successivamente, nella proporzione di un quarto del numero dei suoi componenti. *Cfr.* per un approfondimento Vitolo.

²⁷ Diversa sensibilità veniva invece dimostrata nei confronti del personale dell’amministrazione pubblica, civile e militare, per le quali fu introdotta una prima forma di previdenza obbligatoria.

Il progetto di Giolitti muove dall'intento di realizzare una politica liberale fondata sulla giustizia sociale, anche al fine di riscuotere i consensi dell'appena sorto partito socialista di Turati, e di coinvolgere i cattolici nell'azione politica.

Per il primo decennio di governo, però, le riforme introdotte da Giolitti si traducono in iniziative volte più a placare le rivendicazioni operaie, che a realizzare un vero progetto di pacificazione democratica e di giustizia redistributiva²⁸.

In materia previdenziale si limita ad integrare, perfezionare e sviluppare gli istituti già 'abbozzati' in precedenza o a introdurre forme di previdenza obbligatoria sulla base di pressioni politiche, clientelari o corporative.²⁹

La disorganicità dei primi interventi giolittiani trova riscontro anche sotto il profilo formale. Basti pensare all'eterogeneità delle fonti normative di settore - leggi, regi decreti, decreti ministeriali a cui si aggiungerà durante la grande guerra anche il decreto luogotenenziale - che continuerà a contraddistinguere la disciplina di settore³⁰.

Nel 1912 viene fondata l'INA e, in questo periodo, inizia il dibattito per l'introduzione dell'obbligo previdenziale, reso ancor più intenso dal fatto che l'allargamento del suffragio universale garantisce la rappresentanza in Parlamento degli interessi delle classi sociali emergenti.

Il dibattito si attenua durante la grande guerra per poi riprendere forza nel 1917, quando vengono emanati due provvedimenti³¹ che aprono la strada verso la riforma del 1919.

Infatti, il D. Lgt. n. 603 del 21 aprile 1919, entrato in vigore nel 1920, introduce l'assicurazione obbligatoria generale per la vecchiaia e l'invalidità e per la disoccupazione involontaria caratterizzata dal triplice contributo padronale,

²⁸ Come nota Ferrara, *«Il perdurante massimalismo programmatico dei socialisti e l'ancora incerta disponibilità dei cattolici, non incoraggiava certamente una riforma di ampio respiro»*.

²⁹ Infatti, si è proceduto ad estendere la previdenza obbligatoria per singole categorie. E' stata introdotta, la previdenza obbligatoria, per esempio: con legge n. 259/1904 per le manifatture di tabacchi; con legge n. 397 per quelle saline; con legge 306/1910 imprese di costruzioni navali; con Legge 348/1906 per la regia zecca. E' stata estesa la previdenza obbligatoria a impiegati pubblici o operai del settore trasporto (senza però garantire criteri uniformi e introducendo disparità di trattamento). Per esempio, con legge n. 354/1905, per il personale subalterno addetto all'officina governativa delle carte-valori; con legge n. 887/1910 per gli uscieri degli uffici giudiziari. Per un'analisi di tale legislazione.

³⁰ Anche se, come tentativo di razionalizzazione della normativa previdenziale, si è proceduto alla redazione di testi Unici. Per esempio con legge n. 322 del 7 luglio 1901, si è provveduto a modificare la legge 350/1898. Le vecchie e le nuove disposizioni sono state poi coordinate nel Testo unico approvato con R. D. n. 387 del 28 luglio 1901.

³¹ Si trattava del D. lgt n. 1450 del 1917 che introduceva l'assicurazione obbligatoria per i lavoratori del settore agricolo e il n. 670 del 1917 che imponeva l'iscrizione alla Cassa nazionale agli operai di ambo i sessi addetti agli stabilimenti dichiarati ausiliari agli effetti della mobilitazione industriale.

operaio e statale. Tale riforma ha il merito di superare il limite operaistico, tipico della legislazione sociale di fine ottocento, concessa dalla classe capitalista a quella operaia sottoprotetta, in quanto si tratta di uno schema a cui possono accedere operai, impiegati, mezzadri e affittuari, sebbene con alcune differenze.³²

Giolitti, pertanto, con tale riforma, dà avvio a quel processo di transizione da un sistema previdenziale volto a tutelare solo le classi sociali più deboli verso un sistema 'tendenzialmente universalistico', volto a tutelare la persona umana in quanto membro della comunità, che segnerà poi il passaggio dalla forma di Stato 'sociale' liberale allo Stato 'sociale' democratico.

4. *La previdenza sociale e la forma di Stato totalitario: la solidarietà come collaborazione tra classi nell'interesse della Nazione.*

Questo processo, però, viene presto interrotto dall'avvento del fascismo, che segna, più in generale, la crisi dello Stato di diritto.³³

Il ruolo della legislazione sociale viene espresso nella Carta del lavoro³⁴, approvata dal gran consiglio del fascismo il 21 aprile del 1927: la legislazione sociale è strumento servente della Nazione, quale «*organismo avente fini, vita, mezzi di azione superiori per potenza e durata a quelli degli individui divisi e raggruppati che la compongono. E' una unità morale, politica e economica che si realizza integralmente nello stato fascista*».

Si ripudia la lotta di classe in nome del principio corporativo della collaborazione tra classi sociali, principio cardine dell'organizzazione giuridica della società e dell'assetto statale fascista. In questa ottica, la previdenza sociale è intesa come «*alta manifestazione del principio di collaborazione*», per cui «... Il datore di lavoro e il prestatore di opera devono concorrere proporzionalmente agli oneri di esso. Lo stato, mediante gli organi corporativi e le associazioni professionali procurerà di coordinare e di unificare per quanto più è possibile il sistema della previdenza» (XXVI dichiarazione della Carta del lavoro).

³² Soggetti all'obbligo assicurativo erano i lavoratori subordinati dai 15 ai 65 anni, operai, impiegati senza alcuna distinzione di sesso o di nazionalità. Con una sola differenza: era previsto l'accesso agli impiegati solo in caso di retribuzione non superiore a lire 350 mensili; ai mezzadri e affittuari se il reddito annuo non fosse superiore a lire 3.600. Si trattava di un sistema a capitalizzazione. Il sistema a ripartizione venne giudicato instabile e finanziariamente pericoloso in ragione del controllo degli equilibri contabili su tempi medio-lunghi.

³³ Cfr. M. GASLINI, *Sull'efficacia giuridica della Carta del Lavoro*, in *Diritto e Società*, 1999, p. 379 e ss.

³⁴ Cfr. M. GASLINI, *op. cit.*, il quale richiama la dottrina che aveva sostenuto la natura materialmente costituzionale di tale Carta, in quanto «...*statuto costituzionale dello Stato italiano, accanto allo Statuto del 1848*». Come osservava anche Panunzio: «*la Costituzione del nostro Stato nella sua totalità ed unità risulta[va] non solo dallo Statuto originario e dalle altre Leggi costituzionali del regime, ma anche dalla Carta del Lavoro*». PANUNZIO, *La carta del Lavoro come sistema di fini e di principi*, *Dir. Lav.*, 1938, I, p. 131. Cfr. anche C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, p. 183 e ss.

Gli interessi di classe vengono piegati all'interesse generale dello Stato e della produzione nazionale. Proprio in tale ottica, viene imposto il divieto di sciopero e di serrata, nonché l'obbligatorietà della soluzione arbitrale di tutte le controversie giuridiche ed economiche.

Il lavoratore, dunque, viene tutelato non in quanto persona umana, ma in quanto elemento essenziale del sistema produttivo nazionale. E a tale principio si ispira tutta la politica sociale del regime.

Da questo punto di vista, pertanto, se la politica di Mussolini si pone in linea di continuità con l'esperienza liberale, in quanto volta a non alterare gli equilibri economici e sociali dei capitalisti che l'hanno appoggiato, essa segna una cesura di quel sistema previdenziale, tendenzialmente universalistico, 'abbozzato' da Giolitti.

Si pensi solo al fatto che, con r.d. n. 3184/1923, vengono esclusi dall'obbligo assicurativo contro la vecchiaia - ma poi anche contro la disoccupazione involontaria - affittuari e mezzadri;³⁵ le pensioni di vecchiaia vengono erogate in base ai contributi che datore e lavoratore sono tenuti a versare in egual misura,³⁶ i quali confluiscono nel Fondo assicurati obbligatori (istituito ai sensi del r.d. n. 245 del 1920), mentre il ruolo statale è relegato al coordinamento, all'unificazione del sistema di istituti previdenziali; ruolo che lo Stato fascista svolge solo parzialmente, dato che sussiste e si va accentuando sia il diverso trattamento di quiescenza tra dipendenti pubblici e privati sia il particolarismo previdenziale.

Inoltre, l'istituzione nel 1933 dell'Istituto nazionale fascista di previdenza sociale (e altresì dell'istituto nazionale fascista per le assicurazioni contro gli infortuni), nonché nel 1936 dell'Ente previdenziale per i dipendenti statali e assimilati, sono esperienze mutate dalla cassa nazionale delle assicurazioni sociali e della cassa nazionale per le assicurazioni per gli infortuni, che continuavano a garantire un sistema pensionistico a capitalizzazione.

³⁵ Si trattava di una scelta meramente politica volta a favorire i proprietari agricoli. Essi si inserivano in una politica del settore più ampia. Si pensi al r.d. n. 432 del 11 novembre 1923 che trasferiva in tutto o in parte sugli affittuari, mezzadri e coloni e usufruttuari la spesa per l'assicurazione contro gli infortuni.

³⁶ Anche se poi, con r.d. n. 126 del 1943, i contributi venivano posti per due terzi a carico del datore di lavoro e per un terzo a carico del lavoratore. Solo nel 1946, con d. lgt. n. 142, si stabiliva che i contributi fossero versati dai soli datori di lavoro in luogo dei lavoratori senza alcun diritto di rivalsa su questi ultimi.

5. *La fase di transizione: dallo Stato sociale liberale allo Stato sociale democratico. Ovvero: dalla solidarietà 'ottriata' alla solidarietà partecipata e costituzionalmente garantita.*

5.1. *Il diritto alla liberazione dal bisogno nelle Carte internazionali e nell'ordinamento giuridico inglese.*

L'avvento del fascismo in Italia e lo scoppio della seconda guerra mondiale ritardano, quindi, il processo di evoluzione dei sistemi di sicurezza sociale.

Tuttavia, va detto che già durante i due conflitti mondiali, e poi nell'immediato dopoguerra, si apre un dibattito circa le riforme da attuare in materia di sicurezza sociale che influenzerà le successive scelte dei singoli legislatori, europei e non.

Sorge cioè l'esigenza di abbracciare una nuova nozione di sicurezza sociale, fondata sull'eguaglianza di base tra tutti i membri della comunità. A tal fine, come ricorda M. GIROTTI, è necessario abbandonare l'impostazione paternalistica e discrezionale dello Stato liberale, 'dimenticare' l'esperienza totalitaria e incrementare la responsabilità collettiva di fronte ai nuovi problemi sociali. Occorre insomma un diverso investimento di autorità dello Stato, in grado di rimuovere le disuguaglianze sociali ed economiche tra i cittadini.

Per comprendere lo spirito che anima tale dibattito, è sufficiente dare un rapido sguardo agli atti internazionali dell'epoca. Si pensi alla Carta Atlantica del 1941 che, tra i principi per l'assetto del nuovo ordinamento, comprende anche il fine di garantire a tutti migliori condizioni di lavoro, progresso economico e sicurezza sociale. O alla Conferenza di Filadelfia del 1944, che specifica i rischi sociali comuni, di fronte ai quali è richiesto un potenziamento dei sistemi nazionali di sicurezza.

Si pensi, infine, alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948.

A prescindere dal 'tasso' di giuridicità che si voglia riconoscere a tale Dichiarazione, è indiscutibile che si tratti della prima Carta internazionale a tracciare la trama del sistema di sicurezza sociale. Vi è infatti un *file rouge* che collega l'art. 1 (in cui è sancito il principio di solidarietà) e gli articoli 3, 22 e 25 dedicati al diritto alla sicurezza sociale, cioè al *diritto alla liberazione dal bisogno*: in una tavola dei valori che si cerca di costruire, la liberazione dal bisogno si pone(va) come *prius* logico e giuridico rispetto all'effettivo godimento di tutti i diritti civili e politici.

Le macerie materiali e spirituali lasciate dalla seconda guerra mondiale, dunque, impongono una nuova prospettiva che segni il passaggio dalla tutela dell'individuo alla tutela della persona umana. Dal mero riconoscimento dell'eguaglianza formale tra i cittadini, alla realizzazione delle garanzie a ciascun uomo, affinché possa condurre un'esistenza dignitosa e libera dal bisogno.

In quest'ottica, dunque, il compito di realizzare la liberazione dal bisogno non viene più imposto al solo Stato-Persona, ma allo Stato-Comunità.

L'abdicazione ad una impostazione liberale del sistema di sicurezza sociale, comporta l'evocazione di una solidarietà sociale che non sia più meramente 'concessa', ma 'partecipata' da tutti i membri della comunità. Una solidarietà, quindi, tesa a soddisfare gli interessi-bisogni dei singoli membri, i quali divengono, secondo una 'naturale' proprietà commutativa, interessi dell'intera comunità statale.

Proprio in quanto membro della collettività, e proprio in quanto partecipe di quella solidarietà sociale su cui si vuole fondare il nuovo ordinamento democratico, la persona umana si pone come titolare, nei confronti dello stesso Stato, di tale diritto soggettivo pubblico, in grado di garantire l'eguaglianza 'nei punti di partenza' e l'effettivo (e sostanzialmente uguale) esercizio di tutti i diritti civili e politici.

Il primo modello di sicurezza sociale a incarnare questa nuova visione etica e giuridica della persona umana è quello delineato in Gran Bretagna da W. Beveridge, nel 1942.

Il cosiddetto *Beveridge Plan* delinea un sistema di protezione sociale finalizzato a realizzare tre obiettivi primari attraverso tre istituti: a) l'assicurazione sociale obbligatoria per soddisfare i bisogni essenziali; b) l'assistenza nazionale per casi più gravi; c) e l'assicurazione volontaria per accrescere le prestazioni pensionistiche di base.

Si tratta di un modello universalistico di tutela della persona, 'dalla culla alla bara' fondato su un'idea di Stato sociale in termini di «... *Sicurezza organizzata o appoggiata dallo Stato contro quei rischi a cui l'individuo rimarrà esposto anche quando le condizioni della società saranno il più possibile buone*».

Per quanto lo schema delle assicurazioni sociali venga impiegato come strumento principale di protezione sociale, le differenze rispetto al sistema bismarkiano sono notevoli. Come delineato anche da L. EINAUDI³⁷, infatti, il sistema bismarkiano mira a tutelare il lavoratore e presuppone « *l'esistenza di un rapporto di dipendenza tra datore di lavoro e lavoratore, la tripartizione dei contributi in ragione dell'interesse del datore e della collettività (Stato) alla pace sociale e dell'interesse del lavoratore alla pensione*». Viceversa, il sistema inglese mira alla tutela dell'uomo in quanto tale, ed è volto così a realizzare la *pax publica*, la quale, secondo il pensiero dell'economista liberale, «... *in una società nella quale non esistono privilegi di classe, nella quale ogni uomo è uguale giuridicamente ad ogni altro uomo... non può non essere riconosciuto preminente e prevalere.. [sulla] mera pace sociale*».³⁸

³⁷ L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, 1949, Torino, p. 57 e ss.

³⁸ L. EINAUDI, *op. cit.*, p. 62, 63.

La scelta delle assicurazioni sociali, e in particolare del sistema contributivo, è spiegato dallo stesso Beveridge in ragione del maggior favore con cui la popolazione britannica guarda «*all'ottenimento di una qualche forma di opportunità rispetto all'erogazione di sussidi garantiti dallo Stato*». Inoltre, prevedendo tre livelli di protezione sociale, Beveridge mira a conciliare il diritto alla libertà dal bisogno con la libertà di iniziativa individuale con la responsabilità individuale, nell'intento di promuovere l'autorealizzazione e il pieno sviluppo della persona umana.

Con riguardo al solo istituto della pensione di vecchiaia, Beveridge prevede l'erogazione di prestazioni pensionistiche per tutti i cittadini, prescindendo, da ogni accertamento del reddito. Ciò, con due particolarità:

- la prestazione pensionistica consiste in una quota fissa, adeguata al costo della vita, indipendentemente dall'ammontare dello stipendio percepito durante lo svolgimento della attività lavorativa;
- il sistema pensionistico è finanziato attraverso una quota contributiva fissa, posta obbligatoriamente a carico degli assicurati e dei datori di lavoro, prescindendo dalle condizioni economiche di ciascuno.³⁹

5.2. *L'eco del Beveridge plan in Italia: reazioni e i lavori della Commissione Pesenti e D'Aragona.*

Sulla scia del dibattito internazionale e soprattutto delle scelte legislative inglesi, anche in Italia si sviluppa un dibattito sul sistema di sicurezza sociale, che avrebbe costituito uno dei cardini del nuovo ordinamento repubblicano.⁴⁰

Tra i diversi partiti che avevano combattuto il fascismo, infatti, pur a fronte delle differenze ideologiche, vi è la medesima condivisione di vedute in merito al nuovo sistema di sicurezza sociale: tutti concordano con la necessità di provvedere ad un riordino della legislazione previdenziale, mantenendo però le distanze dal modello universalistico di protezione sociale di tipo 'inglese'.

³⁹ Come osserva L. DI NUCCI, «*tutti gli assicurati, ricchi o poveri, ... avrebbero pagato un uguale contributo per un'eguale protezione. Tale sistema sembrava avvantaggiare a prima vista le classi sociali più agiate, ma si trattava, in realtà, di un vantaggio apparente. I più ricchi, infatti, a causa delle maggiori tasse a loro carico, avrebbero pagato di più all'erario e dunque, in via indiretta, alla quota dello Stato per il Fondo dell'Assicurazione sociale*». Cfr. L. DI NUCCI, *Alle origini dello stato sociale nell'Italia repubblicana. La ricezione del Piano Beveridge e il dibattito nella Costituente*, consultabile sul sito internet.astrid-online.it.

⁴⁰ Già Badoglio, con r.d. del 15 marzo 1944 aveva istituito la Commissione reale per la riforma della previdenza sociale affinché si provvedesse ad una riforma della legislazione vigente, indicando, così, il nuovo programma statale in campo economico sociale. L'obiettivo era quello di creare un nuovo ordine sociale fondato sui diritti del lavoro, come, per l'appunto altri Paesi europei stavano facendo. In realtà, però, la Commissione non iniziò mai la sua indagine.

I partiti italiani manifestano infatti, in modo più o meno velato, critiche al modello inglese: la scelta «*interclassista-universalista*» non sembra rispondente alle esigenze economico-sociali del Paese e alla realizzazione di politiche di giustizia sociale. E ciò perché, a differenza della società inglese, in quella italiana vi erano ancora evidenti differenze sociali e economiche tra le diverse classi, oltre ad un poco elevato tenore di vita medio. Ma soprattutto, come parte della dottrina ha evidenziato, nel modello di protezione sociale inglese, «...*il riconoscimento di nuovi diritti sociali, in vista di un allargamento dell'area della cittadinanza, non metteva in alcun modo in discussione la cultura della democrazia, le sue regole i suoi valori né, ugualmente, i principi dello Stato liberal-democratico*».⁴¹ Cosa che la maggior parte dei partiti italiani vuole.

Si pensi al pensiero di Palmiro Togliatti, che ritiene necessario superare la Forma di Stato liberale; al pensiero di Giorgio La Pira secondo cui, per fondare un nuovo ordinamento effettivamente democratico, bisogna rigettare la concezione giuridica atomistica su cui era costruito lo Stato borghese; o ancora a quanto sostenuto da Giuseppe Dossetti che, giudicando lo Stato liberale come privo di qualsiasi finalismo, sostiene che lo Stato debba assumersi, come finalità primaria, «*il promovimento di tutte le condizioni necessarie e favorevoli al bonum humanum simpliciter*».⁴²

E' dunque cruciale, per la costruzione di un ordine sociale del nuovo Stato sociale-democratico, il riconoscimento, nel nuovo testo costituzionale, di diritti sociali che prevedano forme di controllo e di intervento dello Stato nell'ambito economico.

Testimonianza di questo fermento sono le indagini condotte da due commissioni, i cui lavori sono cronologicamente sovrapposti ai quelli dell'Assemblea Costituente, circa la costituzionalizzazione del diritto alla previdenza sociale.

Nel 1946, infatti, su proposta del Ministero per la Costituzione Nenni, viene istituita la Commissione per lo studio dei problemi del lavoro, presieduta da Antonio Pesenti.

Nel 1947, poi, su proposta del Ministro del lavoro Romita, viene istituita la Commissione per la riforma della previdenza sociale presieduta da Ludovico D'Aragona.

Tali Commissioni mantengono le distanze dal modello previdenziale di tipo universalistico, come quello inglese, ritenuto eccessivamente oneroso per l'economia del Paese. Entrambe le Commissioni, forti dell'esperienza fino ad allora delineata, che presenta molte più affinità con il modello bismarkiano, tracciano infatti un

⁴¹ Cfr. L. DI NUCCI, *op. già cit.*; Cfr. anche B. FENZI, *Il piano Beveridge*, Roma, 1945, p. 45 e ss.

⁴² Cfr. V. PEREGO, *Il nodo organicismo-pluralismo nel pensiero politico dei cattolici*, in C. FRANCESCHINI, S. GUERRIERI, G. MONINA (a cura di), *Le idee costituzionali della resistenza*, Roma, 1997, p. 163 e ss.; E. CABIBBO, *I partiti politici e la previdenza sociale in Italia*, in *Riv. degli infortuni e delle malattie professionali*, 1944, p. 13 e ss.

sistema previdenziale volto a dare rilevanza al principio lavoristico quale principio fondamentale del nuovo stato repubblicano, volto pertanto a garantire a tutti i lavoratori i mezzi per assicurare loro la liberazione dal bisogno.

Si legge, in tal senso, nella relazione della Commissione Pesenti: *«le assicurazioni sociali sono strumento di redistribuzione di reddito nazionale previsti al fine di garantire a tutti lavoratori la sicurezza economica e un tenore minimo di vita compatibile con la dignità della persona. Questa garanzia costituisce l'elemento essenziale per assicurare al cittadino una delle libertà fondamentali: la libertà dal bisogno»*.

E ancora: *«il diritto del lavoratore all'assistenza e il dovere dello Stato di garantirla, non possono essere limitati o condizionati; in difetto, il principio statutario da cui quel diritto e quel dovere discendono, cioè il principio della libertà dal bisogno, non avrebbero possibilità di tradursi in realtà»*.

Infine, per giustificare la scelta di estendere il trattamento previdenziale a tutti i lavoratori, Pesenti scrive: *«dal principio solidaristico della protezione sociale logicamente discende la conseguenza che tutti i cittadini il cui reddito derivi esclusivamente o prevalentemente dal lavoro (intellettuale o manuale, dipendente o indipendente) e che, per tal fatto, sono esposti al rischio di perdere la capacità di guadagno, la fonte cioè della propria sussistenza, debbono essere protetti da un sistema generale di previdenza sociale»*.⁴³

I principi individuati dalle due Commissioni, a cui sarà informato il nascente nuovo sistema previdenziale italiano, sono diversi:

- il principio di automaticità, secondo cui le prestazioni devono essere erogate sempre e comunque, a prescindere dall'adempimento delle prescrizioni contributive da parte del datore di lavoro;
- il principio dell'immediatezza, per abbattere le lungaggini burocratiche che caratterizzano la fase dell'erogazione della pensione;
- il principio della adeguatezza, in virtù del quale le pensioni devono assicurare un minimo sufficiente a soddisfare i bisogni elementari dell'esistenza.

In particolare, quanto alla commisurazione delle prestazioni pensionistiche, la Commissione D'Aragona ritiene che il sistema inglese a 'quota fissa' non risponda alle condizioni economiche del Paese, e sia invece necessario un sistema che, pur attuando una concreta solidarietà tra i lavoratori ad alto e a basso reddito attraverso l'adozione di adeguate misure perequative, tenga conto della struttura sociale ed

⁴³ MINISTERO PER LA COSTITUENTE, *Atti della Commissione per lo studio dei problemi del lavoro*, Roma, 1946, p. 117, 118. In modo non dissimile, MINISTERO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE, *Relazione sui lavori della commissione (4 luglio 1947 – 29 febbraio 1948)*, Roma, 1948.

economica del paese. Pertanto, propone di commisurare la pensione alla retribuzione effettiva del lavoratore e di fissare dei limiti massimi e minimi.

Da questo punto di vista, si legge nella relazione D'Aragona: *«in omaggio al principio del bisogno e della solidarietà cui la riforma della previdenza sociale si ispira, non sarebbe ammissibile che la misura della prestazione possa, per alcuni, cadere ad un livello inferiore ad un minimo vitale al di sotto del quale permanerebbe lo stato del bisogno, e per altri, elevarsi oltre un livello massimo al di là del quale verrebbe a cessare la necessità sociale della previdenza sociale e dovrebbe subentrare l'iniziativa previdenziale del singolo»*.⁴⁴

Viene inoltre proposto un sistema di adeguamento delle pensioni ad indici economici fissi proporzionati alle variazioni della retribuzione. E viene pure sancito il principio secondo cui i contributi previdenziali sono versati integralmente dal datore di lavoro, in quanto il trattamento pensionistico era da considerarsi parte integrante del salario. Così facendo, si riconosce il diritto del lavoratore alla previdenza quale riflesso *«della più coerente ed integrale tutela della dignità e della personalità del lavoratore»*.⁴⁵

Infine, per quanto riguarda il sistema di finanziamento delle assicurazioni sociali contro la vecchiaia, le due Commissioni avanzano dubbi circa la tenuta del sistema a capitalizzazione, che ha generato riserve finanziarie, le quali però, a seguito della svalutazione monetaria del dopoguerra, si sono polverizzate, ponendo lo Stato di fronte alla necessità di adeguare le prestazioni al risentito potere di acquisto della moneta. Con una conseguente situazione di instabilità.

Entrambe le commissioni, pertanto, ritengono più affidabile il sistema a ripartizione (in realtà già sperimentato per l'assicurazione sociale per le malattie, contro la tubercolosi, la disoccupazione, maternità, nuzialità e natalità), basato cioè su un rapporto solidaristico intergenerazionale di *do ut des* tra generazione attiva e passiva.

Tale sistema presenta però un inconveniente: il fatto che all'inizio i contributi siano modesti induce a largheggiare nella misura delle pensioni, sottovalutando il pericolo di andare incontro, con l'avvicinarsi del momento in cui il sistema è 'a regime', a contributi troppo elevati. Per attenuare un simile inconveniente, la Commissione D'Aragona propone *«un sistema a ripartizione a periodi quinquennali, opportunamente temperato in modo tale da consentire l'adozione di contributi crescenti di quinquennio in quinquennio ed inizialmente superiori ai contributi di ripartizione pura, ma in ogni caso inferiori ai contributi propri del sistema di capitalizzazione e purché la misura delle pensioni*

⁴⁴ MINISTERO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE, *Relazione già cit.*, p. 23.

⁴⁵ MINISTERO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE, *Relazione già cit.*, p. 85.

sia fissata in modo che, [a regime] il contributo sia sopportabile dall'economia del Paese». ⁴⁶

5.3. Il dibattito in Assemblea Costituente in merito alla formulazione dell'art. 38 Cost.

Le raccomandazioni espresse dalla Commissione Pesenti e da quella D'Aragona non avranno seguito legislativo. Tuttavia, esse sono la testimonianza del processo di costruzione dello moderno Stato sociale democratico. Da questo punto di vista, i lavori delle due Commissioni influenzano il dibattito costituente, sia in merito al riconoscimento a livello costituzionale dei diritti sociali (tra cui il diritto ad una prestazione pensionistica in caso di vecchiaia), sia in merito alla fisionomia del nuovo Stato.

Già in seno alla Commissione studi attinente alla riorganizzazione dello Stato (1945- 1946), durante la discussione della relazione preliminare presentata da M. S. GIANNINI sul tema *«I rapporti tra Stato e cittadini attinenti all'eguaglianza e alla solidarietà sociale»*, in cui viene affermata l'inviolabilità dei diritti sociali – e dunque anche del *«diritto che l'individuo ha verso la collettività ad essere protetto contro quei fatti sociali che sono indipendenti dalla sua volontà e che perturbano il libero svolgimento della propria vita di persona o ne impediscono lo sviluppo»*⁴⁷ – vi è chi, come LUZZATTO, pur riconoscendo che tale diritto era già tutelato a livello legislativo, ritiene necessario radicare il suo riconoscimento a livello costituzionale sul piano dei rapporti tra Stato e cittadino.

«Il quesito - scrive LUZZATTO - è vedere se si voglia che la legislazione sociale derivi la sua legittimità e la sua necessità dalla presistenza di un diritto originario del cittadino costituzionalmente riconosciuto... Con le norme costituzionali in oggetto, il cittadino acquisterebbe come tale il diritto ad avere la disponibilità delle condizioni minime per l'esistenza». Quesito che, in seno All'assemblea Costituente appare superato.

Dai lavori dell'Assemblea Costituente emerge, infatti, come la libertà dal bisogno, quale diretto riflesso del principio di eguaglianza in senso sostanziale e del dovere di solidarietà imposto allo Stato-Comunità, divenga *condicio sine qua non* su cui edificare

⁴⁶ MINISTERO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE, *Relazione già cit.*, *Mozione n. 66*, p. 162.

⁴⁷ Scriveva M. S. GIANNINI: *«I diritti sociali costituiscono lo sviluppo del principio di eguaglianza su linee che vengono a superare la nuda enunciazione di un'eguaglianza meramente legale contenuta nelle prime dichiarazioni dei diritti... Il termine diritto sociale nacque in una ben precisa concezione ideologica nella quale ai diritti di libertà, considerati come patrimonio naturale e inalienabile dell'individuo, si aggiungevano questi altri diritti derivanti dai principi etici superiori che impongono allo Stato di proteggere i più deboli e quindi traenti fonte dalla società più che dall'individuo. E' da riaffermare che questa concezione non ha ragione d'essere perché è da considerare facente parte del patrimonio naturale e inalienabile dell'individuo anche il diritto che egli ha verso la collettività ad essere protetto contro quei fatti quei fatti sociali che sono indipendenti dalla sua volontà e che perturbano il libero svolgimento della propria vita di persona o ne impediscono lo sviluppo, che anzi, in questa fondamentale funzione consiste la specifica ragione di essere... di ogni società umana»*. Cfr. lavori della Commissione studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, Verbale n. 36, seduta del 15 giugno 1946, pubblicata in G. D'Alessio, *Alle origini della Costituzione italiana*, Bologna, 1979, p. 669 e ss.

lo Stato sociale moderno, che fa della effettiva tutela della persona umana, anche e soprattutto nella sua dimensione sociale, il punto di apertura e al contempo di chiusura del nuovo ordinamento costituzionale.

I temi collegati ‘al contenuto sociale’ della Costituzione, e in particolare alla previdenza sociale, sono affrontati dalla Prima Sottocommissione incaricata di occuparsi dei diritti e dei doveri dei cittadini⁴⁸ e dalla Terza Sottocommissione, incaricata invece di definire i diritti e doveri economico sociali.⁴⁹

Si avverte l’esigenza di specificare da subito che il dibattito svoltosi all’interno di entrambe le Sottocommissioni, e poi in Assemblea Costituente, non entra nello specifico dei singoli istituti previdenziali, ma mira a fissare i principi cardini a cui l’intero sistema di previdenza sociale deve ispirarsi.

Dall’esame delle relazioni presentate, e dal successivo dibattito, emergono i tre presupposti metodologici seguiti dai Padri Costituenti.

Prima di tutto, anche in relazione alla formulazione di tale articolo, è evidente il raggiungimento di un compromesso politico, o per meglio dire la convergenza di diversi orientamenti verso un unico sentire,⁵⁰ velato - o per questo facilitato - dal diffuso senso di realismo che accompagna alcuni componenti (specie fra gli esponenti della sinistra socialcomunista),⁵¹ ed attribuibile alla consapevolezza di

⁴⁸ Si vedano in particolare le proposte contenute nelle relazioni di P. Togliatti e di Lucifero sui principi dei rapporti sociali.

⁴⁹ Si veda la relazione presentata da G. Togni.

⁵⁰ Osservava Lucifero nel dibattito svoltosi in seno alla I Sottocommissione in data 9 ottobre 1946: «... dovrebbe tranquillizzare la Sottocommissione il fatto che, sebbene partiti da presupposti molto lontani egli [G. Dossetti] e l'on. Togliatti, hanno finito con lo scegliere pressa a poco la medesima formula. Ciò dimostra che il lavoro, da qualunque punto di vista lo si consideri, rappresenta nella società moderna qualche cosa di sacro; e quindi si riconosce l'opportunità di affermarne in questa sede la tutela». Ancor più incisive appaiono le parole di P. Togliatti che nella sua relazione afferma: «è inevitabile che la Carta costituzionale venga ad assumere il valore non più di un patto tra popolo e sovrano, per limitare l'arbitrio di questo e garantire i diritti di quello, ma quasi di patto concluso tra le diverse correnti politiche e i diversi gruppi sociali e che impegni questi e quelle ad avviare la ricostruzione della patria distrutta per un binario che porti a un rinnovamento audace, profondo, di tutta la struttura della nostra società nell'interesse del popolo e nel nome del lavoro, della libertà e della giustizia sociale».

⁵¹ Si pensi a quanto affermato dall'On. Ghidini durante il dibattito del progetto del titolo terzo in Assemblea Costituente: «...il nostro non è un progetto socialista. Io potrei dolermi, data la mia fede antica e costante che tale non sia. Ma, ripeto, non è un progetto socialcomunista. Come diceva l'onorevole Taveri poco fa, il nostro non è neppure un progetto di compromesso; non abbiamo voluto combinare le nostre idee con altre diverse ed opposte. Se ci fossimo battuti sul campo delle ideologie, saremmo ancora a discutere, perché nessuno di noi avrebbe mortificato la propria fede e il proprio programma. Noi piuttosto, volendo fare una cosa realistica e pratica, checché ne pensi l'onorevole Nitti, abbiamo creduto di dover adattare le disposizioni del titolo alle condizioni dell'economia del Paese; a quelle che attualmente esistono ed a quelle che già si delineano in modo chiaro e sicuro nell'orizzonte politico ed economico del Paese».

doversi adattare alle logiche di una economia capitalistica compromessa dalla guerra, che in molti settori appariva arretrata e poco dinamica⁵².

In secondo luogo, è evidente il metodo comparatistico utilizzato dai membri delle due sottocommissioni per pervenire alla formulazione di tale articolo. Più di una volta, infatti, essi hanno volto lo sguardo a Paesi che già avevano provveduto a riconoscere, a livello costituzionale, il diritto sociale a vedersi riconosciuta una prestazione pensionistica.

Il riferimento, però, non è rivolto tanto alla Costituzione tedesca di Weimer del 1919, che pur rappresenta la prima Carta costituzionale a ‘contenuto sociale’. Infatti, tale esperienza ha aperto, condizionandolo sì, il dibattito dottrinario circa la natura e il fondamento dei diritti sociali e circa la *«convivenza dei nuovi diritti sociali con i principi fondamentali dello Stato di diritto»*; ma nella Costituzione weimeriana tali diritti sono formulati in termini di dichiarazioni programmatiche, per cui si ingenera il dubbio circa la loro precettività e la stessa essenza giuridico-costituzionale.

Il riferimento è piuttosto rivolto a Carte costituzionali che consacrano il processo di democratizzazione allora in atto, e che esprimono gli stessi valori su cui si vuole erigere il nuovo assetto statale. Il democristiano Giuseppe Togni, per esempio, richiama esplicitamente l’art. 33 della Costituzione francese approvata il 29 aprile del 1946 e l’art. 120 della Costituzione dell’URSS del 5 dicembre del 1936 (a cui si ispira anche la proposta di Palmiro Togliatti), mosso, da una parte, dall’auspicio di creare *«un’unicità di sistema»*, dall’altra, dal richiamo che tali testi costituzionali operano alla solidarietà sociale di tutti rispetto agli oneri che l’eguaglianza stessa pretende, e *«...che risponde alla consapevole generosità dello spirito, prima e spontanea fonte del nostro diritto»*.

In terzo luogo, pur partendo da un diffuso senso realistico delle condizioni del Paese, vi è comunque la preoccupazione di non pervenire ad una formulazione che vincoli, specie da un punto di vista tecnico-organizzativo, le scelte future del Legislatore⁵³.

⁵² Così anche F. Mazzini, *op. cit.* p. 545.

⁵³ Si pensi a quanto affermato dall’on. Condorelli presentando un emendamento sull’organizzazione del sistema previdenziale: “... Noi non sappiamo che cosa potranno trovare tra poco tempo i nostri economisti e i nostri legislatori. Ma davvero dobbiamo rinunciare per sempre all’idea, per esempio, di una mutualità operaia? Oppure all’attribuzione ai sindacati stessi l’esercizio dell’assistenza e della previdenza, senza creare di questi carrozzerie burocratiche che con la organizzazione esauriscono gran parte dei fondi destinati all’assistenza?... Invece di imprimere nella nostra Costituzione una norma che stabilisca la perpetuazione del sistema attuale, usiamo una formula più vasta che renda possibile le migliori formule future?”. Dello stesso tenore, la replica dell’on. Ghidini agli emendamenti proposti che miravano a stabilire le modalità o la procedura attraverso cui attuare l’assistenza e la previdenza: “La Commissione...nega che possano essere incluse nella Costituzione. Questa si deve limitare alla consacrazione dei principi fondamentali che dovranno ispirare la legislazione ordinaria; le modalità e la procedura saranno invece regolate da leggi speciali.” (A.C., 10 maggio 1947, p. 3834).

Da un punto di vista contenutistico invece, dagli atti relativi al dibattito costituente emergono i tratti fondamentali del nostro sistema previdenziale impressi nell'attuale art. 38 Cost.

Emerge infatti con chiarezza, e a più voci, il collegamento tra previdenza sociale e principio lavoristico⁵⁴.

Emerge altresì la distinzione tra assistenza e previdenza sociale⁵⁵. Tuttavia, una tale distinzione appare negli atti del dibattito costituente estremamente generica: non si fa concretamente riferimento, per esempio, ai criteri affinché una prestazione pensionistica possa ritenersi 'adeguata alle esigenze di vita' del lavoratore. Tanto che sia le misure assistenziali sia le misure previdenziali, sotto il profilo del *quantum*, vengono fatte coincidere con 'un minimo vitale', quanto necessario per soddisfare 'le esigenze di vita' del singolo lavoratore e della sua famiglia.

Non viene accolta, sotto questo profilo, la proposta di G. Dossetti, condivisa da A. Moro e da G. La Pira di dare «...una linea direttiva in ordine alla misura dell'assistenza o della previdenza, in modo che sia garantito a tutti un minimo vitale il quale potrà essere suscettibile di aumento in rapporto al lavoro effettivamente prestato da coloro che si trovano in condizioni di poter svolgere un'attività socialmente utile» (I Sottocommissione 9 ottobre 1946).

Il problema del carico dell'onere della spesa pubblica assistenziale e previdenziale viene, poi, giudicato secondario⁵⁶; così come non viene accolta la proposta di P. Togliatti e (altresì quella di Lucifero) di fare, nel testo costituzionale, uno specifico riferimento alla legislazione sull'assicurazione sociale (e dunque di legare il concetto di previdenza sociale all'assicurazione sociale stessa).

⁵⁴ Ciò emerge, ovviamente dalla collocazione sistematica dell'articolo anche nel progetto di Costituzione, ma anche dal dibattito e dalle diverse proposte presentate. Si pensi alla prima proposta di G. Dossetti e alla logica ad essa sottesa: «... all'affermazione del diritto e del dovere da parte del cittadino di svolgere un'attività, segue quella che garantisce a chi lavora una retribuzione che gli assicuri un'esistenza libera e dignitosa; quindi si tiene conto dell'ipotesi di chi, per cause indipendenti dalla sua volontà, si trovi ad un certo momento nell'impossibilità di lavorare e quindi di provvedere a sé e alla sua famiglia... infine si fa riferimento al caso dell'impossibilità radicale di svolgere un'attività lavorativa la quale rende necessaria la garanzia dell'esistenza.» (seduta I sottocommissione 9 ottobre 1946).

⁵⁵ Relazione Togni (III sottocommissione 11 settembre 1946) «... la previdenza deriva dal lavoro effettuato; l'assistenza è una forma generica di intervento della collettività. La prima è volontaria (anche quando la legge la impone) perché vi è il concorso economico diretto del lavoratore. La seconda non è volontaria, ma dipende dalla iniziativa della collettività» (seduta 9 ottobre 1946). G. Dossetti fa riferimento alla distinzione tecnica tra assistenza e previdenza sociale. Lo stesso Ghidini, in Assemblea Costituente, richiama, l'intento seguito dalla III Sottocommissione, di «mettere in luce la differenza che corre tra assistenza e previdenza, nonché di stabilire il campo entro il quale si debbano attuare le due provvidenze» (AC 10 maggio 1947).

⁵⁶ Vedi relazione Togni.

Infine, nella formulazione dell'ultimo comma «*l'assistenza privata è libera*», si dà per presupposto che in essa fosse contemplata anche qualsiasi forma di previdenza privata⁵⁷.

Quello che emerge con chiarezza è certamente l'intento dei Padri Costituenti di considerare l'assistenza e la previdenza sociale quali aspetti teleologicamente collegati, in quanto ritenuti essere strumenti necessari per garantire, sebbene attraverso strutture, modalità diverse, lo sviluppo della persona umana e la dignità del lavoratore⁵⁸.

⁵⁷ D'Aragona: «*Qui si parla di assistenza privata; ma io mi domando: la previdenza non può essere privata? Se domani una società di mutuo soccorso, che è una organizzazione privata, vuole distribuire dei sussidi di malattia, non può farlo? Mi pare perciò che si debba dire l'assistenza e la previdenza possono anche essere private*». A ciò replicava Cingolati: «*Noi riteniamo che nella parola assistenza è compreso quanto giustamente ha ricordato l'onorevole D'Aragona. La formula... ha in sé anche il concetto di previdenza. Essa lascia campo libero a tutte le forme di solidarietà umana che, specialmente in Italia, fioriscono mirabilmente*».

⁵⁸ G.Togni (Relazione): «*Se l'eguaglianza, infatti, comprende il diritto alla vita, come non alimentare tale sacrosanto diritto in maniera concreta al di là delle nuove formule?*». Vedi proposta Dossetti, Moro La Pira di legare l'assistenza e la previdenza sociale al diritto all'esistenza.

I PRINCIPI COSTITUZIONALI IN MATERIA PREVIDENZIALE
E LA LORO DIMENSIONE INTERTEMPORALE

SOMMARIO. 1. I principi fondamentali della sicurezza sociale. – 2. L'art. 38 della Costituzione: le diverse interpretazioni e i diversi orientamenti della dottrina. – 2.1. La portata letterale della disposizione costituzionale. – 2.2. L'apporto della dottrina alla definizione del modello costituzionale di sicurezza sociale. L'art. 38 della Cost.: concezione unitaria e dualista di tale modello. Cenni. – 2.3. L'art. 38 Cost. e il pluralismo sociale: la costruzione di un modello di sicurezza sociale quale espressione di una 'solidarietà a cerchi concentrici'. – 3. La 'parola alla Corte Costituzionale': Il carattere aperto del modello costituzionale di sicurezza sociale. L'art. 38 Cost. quale espressione di un'obbligazione solidale di risultato e non di mezzo. – 4. L'inviolabilità del diritto a ricevere una prestazione pensionistica.

1. I principi fondamentali della sicurezza sociale.

La Costituzione italiana, a differenza di altre Carte costituzionali, non qualifica espressamente lo Stato italiano come sociale,⁵⁹ né tanto meno richiama esplicitamente la nozione di sicurezza sociale (o più specificatamente la nozione di previdenza sociale).

Questo aspetto, però, appare - ma è ovvio dirlo - irrilevante a fronte del fatto che i Padri Costituenti hanno impresso il carattere dell'inviolabilità ai diritti sociali, quali svolgimento di quel programma di liberazione della persona umana, sancito nei principi fondamentali della nostra Costituzione e che va a condizionare, non il *tasso* di democraticità del nostro ordinamento giuridico, ma la stessa *essenza* democratica della nostra forma di stato.⁶⁰

⁵⁹ Dubbi sono stati espressi in merito alla giuridicità del concetto di Stato sociale. Si pensi a quanto affermato da M. S. GIANNINI, *Stato sociale, una nozione inutile*, p. 165, secondo cui sarebbe impensabile introdurre tante altre formule connotative morfologiche per quante sono le materie costituzionalizzate. Lo stesso A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1979, p. 91 e ss, preferisce la locuzione Stato democratico. Sull'affermazione, in una prospettiva storica, nelle Carte costituzionali della tutela dei diritti sociali, si richiama quanto affermato da A. D'ALOIA, *Storie "costituzionali" dei diritti sociali*, in AA.VV. *Scritti in onore di M. Scudiero*, II, Napoli, 2008, p.689 e ss.

⁶⁰ In particolar modo, si vuole ricordare il pensiero di P. SCOPPOLA, il quale sottolineando la connessione tra diritti sociali e democrazia, afferma che «la democrazia italiana, nell'immagine che ne ha offerto la Costituzione, si inserisce nella grande tradizione democratica europea e americana nella quale la democrazia stessa non è strumento per raggiungere un obiettivo predeterminato una volta per tutte, un modello predefinito di ordine sociale, ma un processo aperto per la verifica di spazi, via via possibili, di dignità e liberazione dell'uomo. E in questo contesto... i diritti sociali si saldano pienamente con la democrazia: i diritti sociali affermati nella nostra Costituzione sono il necessario sviluppo dei diritti civili e politici e non possono essere disgiunti da essi; i diritti sociali non prefigurano un modello di definito di società e di Stato, ma sono l'elemento dinamico che spinge alla ricerca di nuovi equilibri sociali ed economici, di nuove frontiere di giustizia».

Dall'altra parte, se è vero, come affermato in precedenza, che ogni forma di stato si basa su un più o meno intenso contenuto sociale,⁶¹ è altrettanto vero, da questo punto di vista, che la Democrazia rappresenta la forma ideale di stato, in quanto, come sostenuto da G. GURVITCH, «*Diritto Sociale organizzato*».⁶²

Il presupposto teorico da cui sembra opportuno prendere le mosse per comprendere e delineare i tratti salienti del 'modello costituzionale di sicurezza sociale', è rappresentato proprio dal pensiero dello studioso francese, il quale, a mio avviso, riesce ben a delineare quel passaggio in materia previdenziale che in precedenza mi è parso opportuno definire come passaggio dalla solidarietà 'ottriata' alla solidarietà 'partecipata e garantita' e che, contestualmente, coincide con il passaggio dallo Stato 'sociale' liberale di stampo ottocentesco allo Stato sociale democratico *moderno* e, come avremo modo di specificare in seguito, allo Stato sociale democratico contemporaneo che si potrebbe azzardare a definire come *postmoderno*.

GURVITCH, infatti, rigetta la nozione di diritto sociale come diritto legato alla politica sociale dello Stato e, dunque, alla legislazione statale riguardante la questione sociale.⁶³ Egli considera una tale lettura come minaccia per lo stesso assetto democratico, in quanto «...vede..., nei soggetti più deboli economicamente e in quelli oppressi sul piano sociale, esclusivamente dei beneficiari e dei destinatari passivi delle misure favorevoli dello Stato». ⁶⁴

Pertanto, fuggendo da ogni «pregiudizio statalistico e da ogni menzogna totalitaria», definisce il Diritto Sociale come «*Diritto dell'integrazione*», in quanto prodotto «... da ogni interpenetrazione nel Noi che è alla base normale della vita di ogni gruppo». Esso, cioè, come espressione della partecipazione di tutti al *tutto*⁶⁵ e riflesso dell'istanza solidaristica,

⁶¹ Cfr. V. CRISAFULLI, *op. cit.* nell'introduzione al capitolo I.

⁶² G. GURVITCH, *La dichiarazione dei diritti sociali*, edizione curata da A. SCERBO, SOVERIA e MANNELLI, 2004.

⁶³ G. GURVITCH, *op. cit.*, p. 69.

⁶⁴ Ed Aggiunge: «noi abbiamo già segnalato questo difetto in molte... Dichiarazioni dei diritti sociali che si limitano a formulare programmi di azione dello Stato e a parlare dei suoi doveri e dei suoi diritti, senza attribuire agli interessati, gruppi e individui, alcun diritto sociale proprio, alcuna autonomia giuridica, alcuna capacità di rivendicazione e di controllo, alcuna garanzia della propria libertà positiva e del proprio ruolo attivo, alcuna facoltà di autogoverno e di difesa effettiva dei propri diritti. Se nel diritto sociale non si trattasse che della regolamentazione statale delle misure di aiuto e di distribuzione di benefici materiali, i regimi autoritari e totalitari sarebbero anch'essi capaci, in linea di principio, al pari, delle democrazie di realizzare un uguale diritto sociale, preoccupandosi del benessere materiale dei produttori e dei consumatori resi schiavi». Cfr. G. GURVITCH, *op. cit.*, p. 71.

⁶⁵ Cfr. anche P. BARCELLONA, *La solidarietà come fatto già cit.*, p. 7, che lega la struttura dei diritti sociali al momento partecipativo: «... Il puro fatto che ad un anziano o ad uno studente si diano dei quattrini per avere accesso a una qualche prestazione sanitaria o scolastica, non significa alcun collegamento tra il bisogno di assistenza e di istruzione e le strutture all'interno delle quali si erogano le prestazioni, nè implica alcun nesso fra la collettività e i singoli. Se viene destrutturata l'istituzione del servizio pubblico "Università" e viene sostituita con la scuola privata o con un bonus, bisogna riconoscere che il diritto sociale è diventato solo un titolo per ottenere un sussidio economico e non già uno strumento di partecipazione al godimento di un bene comune, di un bene pubblico»

non può essere imposto dall'alto ma «...*può soltanto regolamentare dall'interno e dal basso, in maniera immanente*».

GURVITCH, inoltre, considera il Diritto Sociale - nella sua dimensione di interdipendenza di pretese e doveri - in termini di «*sistema di diritti soggettivi*» in quanto «*non disciplina solamente, ma attribuisce interessi, competenze, rivendicazioni, azioni giuridiche autonome e creatrici*». ⁶⁶

Già da questi brevi richiami, emerge tutta l'attenzione che lo studioso francese dedica alla duplice dimensione, pluralista e personalista al contempo, dei diritti sociali. Una tale visione, come notato dalla dottrina ⁶⁷, muove da un'idea di *persona* molto più complessa rispetto al modello di *individuo* passivo di stampo liberal-ottocentesco. Idea che la Costituzione italiana, come altre Costituzioni europee del dopoguerra, accolgono pienamente.

Da questo punto di vista, dunque, l'emancipazione della persona umana da ogni situazione di bisogno rappresenta la finalità prima a cui lo Stato democratico deve tendere proprio in quanto democratico: essa rappresenta, cioè, il contenuto essenziale di quel patto che i Padri Costituenti hanno stipulato e che hanno voluto tramandare alle generazioni future, a cui non è possibile abdicare se non creando una 'rottura' costituzionale, se non rinunciando definitivamente agli stessi presupposti democratici su cui regge l'intero ordinamento giuridico.

In tale ottica, il superamento di forme previdenziali esclusivamente mutualistiche, espressioni di una solidarietà limitata *infracategoriale*, e il superamento altresì del modello di previdenza sociale 'ottriata', espressione invece di una solidarietà illimitatamente condizionata dalla discrezionalità del Legislatore, si impongono come conseguenza naturale della costruzione delle democrazie moderne.

Esse trovano il loro fondamento in Costituzioni rigide, che delineano innanzitutto un programma in parte attuato ma in parte ancora da attuare; Costituzioni che rappresentano tavole di valori sostanziali in grado oggettivamente e al contempo *dinamicamente* di vincolare la discrezionalità del Legislatore di ogni tempo.

⁶⁶ Cfr. G. GURVITCH, *op. cit.*, p. 71-74. Ovviamente, è sotteso a questo pensiero l'accoglimento di una visione pluralistica dell'ordine sociale e giuridico, nonché del concetto di Stato non in termini di sovrastruttura, di *gruppo soprafunzionale*, ma di *gruppo funzionale*, «*in quanto comunità politica soggiacente e in quanto organizzazione sovrapposta, dal momento che ogni organizzazione sovrapposta è per sua stessa struttura necessariamente funzionale, poiché vincolata a scopi precisi e limitati*». Cfr. G. GURVITCH, *op. cit.*, p. 108.

⁶⁷ In particolare, si richiama D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli 2003, pp. 121 e 123.

Prendendo le mosse da queste premesse, l'art. 38 della Costituzione, che incarna il 'modello democratico' di previdenza sociale, non può essere letto isolatamente, non può essere decontestualizzato da quel più ampio programma di liberazione e promozione umana sancito agli artt. 2 e 3, comma secondo, della stessa Costituzione. Anzi, sotto questo profilo, si può certo affermare da subito che esso si pone in un rapporto di *species ad genus* rispetto a tale programma, il quale costituisce, più in generale, il fondamento costituzionale dei diritti sociali.

Il principio cardine è rappresentato innanzitutto dal principio personalista; dal riconoscimento, come è noto, del primato della persona umana sullo Stato, proprio in termini di «... *premessa inalienabile di Stato essenzialmente democratico*».⁶⁸

Ne consegue che il garantire il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica del Paese rappresenta il fine ultimo dello Stato sociale.

E' proprio in ragione del raggiungimento di tale obiettivo che, come condizione inderogabile della convivenza democratica, i Padri Costituenti hanno imposto, in capo ai pubblici poteri, il compito di impegnarsi in un'opera di *continua trasformazione* della società, che comporta l'assunzione del dovere di garantire, anche e soprattutto, l'eguaglianza dei cittadini nei punti di partenza.

La 'rivoluzione copernicana' attuata dal costituzionalismo moderno sta proprio in ciò: la garanzia dei diritti fondamentali – diritti sociali o libertà negative che siano – deve essere attuata non solo attraverso un atteggiamento negativo da parte dei pubblici poteri sui quali grava il dovere di astenersi da ogni interferenza nella sfera individuale, ma anche e soprattutto attraverso interventi volti a promuovere e a realizzare la liberazione dell'uomo dal bisogno, volti cioè a ridurre quelle condizioni (cause, rischi) di *debolezza* in cui ciascun individuo potrebbe trovarsi e che impediscono, per l'appunto, il pieno sviluppo della persona umana e la sua effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

In questa prospettiva, l'inviolabilità dei diritti sociali deriva proprio da quanto sancito agli art. 2 e 3 della Costituzione, con la conseguenza che sfuma, da un punto di vista valoriale, quella distinzione tra diritti sociali e diritti di libertà⁶⁹ che

⁶⁸ Si ricorda, a tal proposito, l'intervento di Giorgio La Pira in Assemblea Costituente: «*Lo Stato per la persona e non la persona per lo Stato; ecco la premessa inalienabile di Stato essenzialmente democratico...esiste un'antiorità dell'uomo rispetto lo Stato, l'uomo ha valore di fine e non di mezzo, perchè la natura dell'uomo è spirituale e trascende, quindi, tutti i valori del mondo*». In *Atti della Commissione per la Costituzione*, II, p. 4 e ss.

⁶⁹ Cfr., in particolare, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, 1995, specie p. 108 e ss.; G. LOMBARDI, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. del dir.*, 1999 p. 7 e ss.; G. CORSO...; L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *ADL*, 1998, p. 1 e ss.

porterebbe a confinare i primi in una 'condizione di minorità' dovuta al fatto di essere condizionati dall'intervento del Legislatore. In una Tavola di valori costituzionalmente garantiti, infatti, i diritti sociali convivono con i diritti di libertà; condividono lo stesso fondamento assiologico e, come tali, si pongono in una posizione di antecedenza e priorità rispetto alla Legge, al punto che, come ricordato da parte della dottrina, «non vale più l'idea che i diritti valgano solo nell'ambito delle leggi che le limitano, ma sono le leggi limitative dei diritti fondamentali (tra cui quelli sociali) a valere solo nei limiti in cui la Costituzione permette l'intervento del Legislatore».⁷⁰

Già alla luce di queste considerazioni, si può riscontrare che tra l'art. 38 e gli artt. 2 e 3 della Costituzione non esiste solo un rapporto di *species ad genus*, ma anche un rapporto di mezzo a fine, trovando espressione, in tali principi fondamentali, «l'idea politica di sicurezza sociale»⁷¹ a cui quanto sancito nell'art. 38 Cost. appare essere preordinato: l'esigenza di garantire la libertà dal bisogno come presupposto logico e giuridico per garantire la 'libertà uguale', l'effettivo godimento dei diritti civili e politici,⁷² come unico mezzo per garantire anche a chi versa in condizioni di debolezza il pieno sviluppo della sua persona.

Per poter, dunque, leggere correttamente l'art. 38 della Costituzione bisogna necessariamente prendere le mosse da quella *sequenza non frammentabile* costituita dalla dignità umana, dall'eguaglianza sostanziale e dalla solidarietà e che trova un'immediata espressione nel riconoscimento della *pari dignità sociale* di tutti i cittadini.

⁷⁰ Cfr. A. D'ALOIA, *op. cit.*, p. 60.

⁷¹ Cfr. V. M. CAFERRA, *Diritti della persona e Stato sociale. Il diritto dei servizi socio-sanitari*, 2007, p. 3.

⁷² Così M. PERSIANI, *Sicurezza sociale e persona umana*, in *I problemi della sicurezza sociale*, 1970, p. 609 e ss., secondo cui: «Il contenuto dell'idea di sicurezza sociale non possa essere individuato solo nel principio secondo il quale la realizzazione della libertà dal bisogno di tutti i cittadini è compito fondamentale di tutta la collettività organizzata in Stato, ma consista anche se non soprattutto, nel principio che del primo costituisce la premessa logica e politica, secondo il quale la libertà dal bisogno e cioè la garanzia di un minimo di condizioni economiche e sociali per tutti i cittadini è condizione indispensabile all'effettivo godimento dei diritti civili e politici». Della stesso tenore è la definizione di diritto alla sicurezza sociale a cui perviene G. G. BALANDI, *Per una definizione del diritto alla sicurezza sociale*, in *Pol. del Dir.*, 1984, p. 559 e ss.: «l'insieme delle regole che governano l'intervento diretto o indiretto dei pubblici poteri, volto alla tutela di tutti i cittadini, secondo principi di parità sostanziale, nei confronti delle situazioni di bisogno in cui ciascuno può individualmente incorrere, al fine di consentire una effettiva e libera partecipazione alla vita economica, sociale e politica della comunità di appartenenza». Ancor più incisive appaiono le parole di G. CHIARELLI, *Appunti sulla sicurezza sociale*, destinato agli *Studi in onore di L. Barassi* e pubblicato poi nella *Rivista di diritto del Lavoro*, 1965, p. 287 e ss., secondo cui il sistema di sicurezza sociale si fonda «sul riconoscimento dell'esigenza che sia assicurata dalla comunità a ogni suo componente la possibilità di far fronte a bisogni, la cui soddisfazione è ritenuta essenziale alla tutela della sua persona. Questa tutela costituisce l'oggetto della sicurezza sociale. Essa non consiste in una tutela destinata a proteggere alcuni beni della persona o ad assicurarne il conseguimento, ma consiste in una tutela destinata a proteggere la persona, in sé stessa considerata».

Sono questi i principi- valori che costituiscono le travi portanti del nostro sistema di sicurezza sociale e, dunque, più in generale, dell'assetto democratico dell'intero ordinamento.

2. L'art. 38 della Costituzione: le diverse interpretazioni e i diversi orientamenti della dottrina.

Si tratta a questo punto di comprendere in che termini quel programma di liberazione e promozione umana trovi un suo immediato svolgimento proprio nell'art. 38 della Costituzione.

A ben guardare, ci si trova di fronte ad una disposizione ricca di significati; ma che, come sovente affermato dalla dottrina, presenta non poche ambiguità,⁷³ riguardanti, in particolare, il 'tasso di programmaticità e precettività' di tale disposizione, la natura del diritto a ricevere una prestazione pensionistica o, più in generale, la definibilità del modello (o *non* modello) costituzionale di sicurezza sociale che esso incarna.

Quello che emerge, però, senza alcun dubbio, è la rispondenza di tale articolo all'istanza solidaristica, che impone il superamento di logiche esclusivamente mutualistiche e assicurative e fa, della sicurezza sociale, un interesse dell'intera comunità, in virtù del quale il soddisfacimento diretto di un bisogno del singolo comporta inevitabilmente il soddisfacimento indiretto dell'intera comunità.⁷⁴

Prima di soffermarsi sul diritto a ricevere una prestazione pensionistica, è utile analizzare la portata normativa dell'art. 38 Cost., anche alla luce delle considerazioni espresse nel corso del tempo dalla dottrina e della più significativa giurisprudenza costituzionale.

2.1. La portata letterale della disposizione costituzionale.

Da una analisi letterale del testo costituzionale dell'art. 38, emerge una differenza tra primo e secondo comma, che incide sulla individuazione dei destinatari delle diverse prestazioni sociali, sulla natura e sull'entità della prestazione stessa.

Innanzitutto, il primo comma sancisce il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale che la nostra Costituzione riconosce a tutti i cittadini inabili al lavoro e privi dei mezzi per vivere. I requisiti, dunque, per poter godere del diritto all'assistenza sociale sono la cittadinanza; l'invalidità al lavoro intesa in senso ampio come

⁷³ M. PERSIANI, *Commentario cit.*

⁷⁴ Come sostenuto anche da M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico* in *Riv. Trim. di dir. pubbl.*, 1957, p.118 e ss.

incapacità di procurarsi autonomamente sulla base del proprio lavoro i beni indispensabili per vivere; ed infine la mancanza di ulteriori fonti di reddito o beni per far fronte alle esigenze della vita.

Il primo comma, inoltre, fissa, assai genericamente, dei parametri per determinare l'entità della prestazione sociale da corrispondere in tali casi: si tratta pur sempre di un 'minimo vitale': tale prestazione consiste, cioè, nella somministrazione di mezzi sufficienti alla sussistenza.

Il secondo comma, invece, individua una diversa situazione giuridica soggettiva che riguarda espressamente i lavoratori (subordinati e non): vi è il riconoscimento, cioè, in capo a questi ultimi, del diritto a ricevere una prestazione pensionistica a fronte di situazioni di bisogno, generate da eventi socialmente rilevanti, come la vecchiaia, l'infortunio, l'invalidità, la disoccupazione involontario.

Da una prima lettura del testo costituzionale sembrerebbe che l'elencazione contenuta al secondo comma non abbia valore tassativo. Anzi nel corso del tempo, si è registrata la tendenza del Legislatore ordinario a farsi interprete di ulteriori, 'nuovi' bisogni socialmente rilevanti, e meritevoli di protezione giuridica.⁷⁵

In tale prospettiva, l'elencazione prevista nel testo costituzionale pone solo un vincolo al legislatore ordinario, nel senso di *«rendere irreversibile l'evoluzione cui si era giunti all'entrata in vigore della Costituzione, non escludendo, però, la possibilità di un'ulteriore estensione della tutela previdenziale»*.⁷⁶ Da questo punto di vista, dunque, una volta individuato dal legislatore ordinario l'evento socialmente rilevante da cui scaturisce una situazione di bisogno, la garanzia apprestata si deve considerare facente parte di un patrimonio sociale acquisito e irretrattabile da parte dello stesso Legislatore ordinario.

Sicuramente, la tutela che la nostra Carta Costituzionale appresta ai lavoratori ai sensi del secondo comma dell'art. 38, risulta essere diversa rispetto a quella prevista per gli assistibili.

La differenza rileva innanzitutto sotto il profilo dell'entità della prestazione garantita: mentre al primo comma si riconosce il dovere di garantire mezzi

⁷⁵ Si pensi al fatto che la norma costituzionale non menziona espressamente quale evento socialmente rilevante la morte del lavoratore; eppure il Legislatore ordinario ha riconosciuto come evento socialmente rilevante e generatore di una situazione di bisogno la condizione dei familiari superstiti, i quali rimangono privi di una fonte di sostentamento. Si pensi anche alla tutela che il Legislatore ordinario, in attuazione di precetti posti da fonti comunitarie, ha accordato ai lavoratori dipendenti, per i crediti retributivi, nel caso di insolvenza del datore di lavoro. Cfr. CINELLI, *op. cit.*, p. 164 e ss.; M. PERSIANI, *Commentario cit.*, p. 243; G. ALIBRANDI, *La previdenza sociale nella nuova Costituzione*, in *Diritto del lavoro*, 1948, p. 379.

⁷⁶ Cfr. M. PERSIANI, *Commentario cit.*, p. 243.

sufficienti per vivere ad ogni cittadino che versi in condizione di inabilità e sia privo di altre fonte di reddito, al secondo comma, il Legislatore costituzionale stabilisce che debbano essere *«preveduti e assicurati»* mezzi *«adeguati alle esigenze di vita»*, lasciando presumere così che, da una parte, la prestazione pensionistica dei lavoratori possa venir attuata attraverso meccanismi diversi, per strutture ed effetti, rispetto all'assistenza sociale; dall'altra che, in ragione della centralità che nel nostro assetto costituzionale assume il principio lavoristico per effetto dell'art. 1 , 4, 35 Cost., e in ragione del contributo di ciascun lavoratore al progresso materiale e spirituale del Paese, l'entità della prestazione pensionistica prevista ai sensi secondo comma comprenda, sì, i mezzi necessari per vivere, ma non si esaurisca in essa, dovendo rispondere al parametro costituzionale della adeguatezza alle esigenze di vita del lavoratore che richiama - con le dovute specificazione, che in seguito verranno illustrate - la più ampia tutela prevista ai sensi dell'art. 36 Cost., primo comma, laddove quelle esigenze di vita, trattandosi di retribuzione da lavoro, possono dirsi garantite, nella misura in cui il lavoratore e la sua famiglia riescano a condurre un'esistenza libera e dignitosa.

Con il terzo comma, stabilendo che *«gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale»*, il Legislatore costituzionale si pone, in chiave programmatica, l'obiettivo di predisporre le strutture necessarie a rendere effettivi il diritto al lavoro garantito all'art. 4 e il diritto al pieno sviluppo della persona umana di cui all'art. 3, secondo comma, nei confronti di tutti i soggetti che si trovano in condizione di inferiorità rispetto alle altre, garantendo la realizzazione di un'eguaglianza sostanziale di tutti i cittadini.

Infine il quarto ed il quinto comma, contengono disposizioni estremamente importanti circa l'organizzazione del nostro sistema di assistenza e previdenza sociale. Infatti, ai sensi del quarto comma, la Costituzione pone in capo allo Stato l'obbligo non solo di predisporre organi, ma anche di integrare gli istituti che provvederanno ai compiti previsti in tale articolo. La previdenza sociale, dunque, sotto il profilo organizzativo, è attuata direttamente da organi o istituti statali a tal fine preposti o da istituti, enti pubblici strumentali alla realizzazione delle finalità stabilite nel testo costituzionale che debbano comunque essere *integrati* dallo Stato.

Da questo punto di vista, la previdenza sociale apparirebbe come *funzione necessariamente pubblica*, in quanto, come scrive M. PERSIANI: *«L'intervento dello Stato, secondo Costituzione, non può essere, quindi, limitato alla costituzione degli istituti ed alla disciplina dell'organizzazione dei rapporti, ma deve tendere all'effettiva realizzazione della tutela*

dei soggetti protetti, realizzazione che costituisce un fine fondamentale dello Stato, nel senso che ad essa corrisponde un interesse pubblico immediato e diretto», con la conseguenza che, anche quando lo Stato non sia chiamato direttamente a realizzare tali compiti, non significa che tali compiti non siano propri e fondamentali dello Stato; semmai «vuol dire soltanto che la Costituzione consente un modello organizzativo basato su strutture differenziate, per tipi di tutela e di soggetti protetti e, eventualmente, articolato territorialmente».⁷⁷

Ponendo l'accento, poi, sul verbo *integrare* utilizzato nel quarto comma, emerge l'idea di un sistema previdenziale non accentrato, ma suscettibile di essere gestito, per quanto integrato dall'attività statale, da soggetti pubblici – ma si potrebbe pensare, dato il tenore letterale della disposizione, anche ai soggetti privati⁷⁸ – diversi dallo Stato.

Una tale lettura appare ancor più avvalorata se si considera che, anche alla luce di quanto emerso dal dibattito in Assemblea Costituente, l'ultimo comma dell'art. 38, in cui si sancisce che l'assistenza privata è libera, è da intendersi in senso ampio, tale da ricomprendervi forme private non solo assistenziali in senso stretto, ma anche previdenziali.

Come si avrà modo in seguito di specificare, l'ultimo comma di tale disposizione, rimasto per troppo tempo inattuato, assume nel contesto attuale una certa rilevanza, dato il 'necessitato' decollo della previdenza complementare. Il tenore letterale di tale disposizione suscita in chi lo legge dubbi, circa la natura giuridica o meglio la qualificazione giuridica delle forme di previdenza complementare. In particolare, tale disposizione, a mio giudizio, si apre a due diverse interpretazioni:

- da una parte, il tenore letterale lascerebbe intendere che la previdenza complementare, appunto in quanto tale, debba 'partecipare dell'interesse pubblico' e dunque debba essere considerata come pilastro - sebbene non portante - del sistema previdenziale pubblico;

- dall'altra, però, l'ultimo comma di tale articolo porterebbe a considerare le forme previdenziali private secondo le logiche del mutualismo volontario; forme previdenziali destinate unicamente alla soddisfazione di interessi privati che, costituendo forme di risparmio, verrebbero ad essere solo «*incoraggiate e tutelate*», secondo quanto disposto dall'art. 47 Cost.

⁷⁷ Cfr. M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2007, p. 15.

⁷⁸ In tal senso, Cfr. P. OLIVELLI, *op. cit.*

2.2. L'apporto della dottrina alla definizione del modello costituzionale di sicurezza sociale.
L'art. 38 Cost.: concezione unitaria e dualista di tale modello. Cenni.

L'art. 38 della Costituzione, proprio per la sua ampiezza, è stato oggetto di diverse e contrapposte letture, che riflettono una diversa sensibilità e un diverso approccio alla qualificazione giuridica e sociologica del concetto di sicurezza sociale.⁷⁹

In particolare, si sono affermate due interpretazioni del primo e del secondo comma dell'art. 38 Cost. Da una parte, c'è chi sottolinea l'irriducibilità del diritto all'assistenza sociale sancito all'art. 38 Cost., primo comma, e del diritto a ricevere invece una prestazione previdenziale come stabilito al secondo comma ad un unico schema e ad un'unica nozione di solidarietà sociale. Secondo tale visione dualistica, il modello attuativo dell'idea di sicurezza sociale è il risultato del concorso:

- da una parte, dell'assistenza sociale che tende a soddisfare i bisogni dei cittadini inabili al lavoro, finanziariamente sostenuta facendo ricorso alla solidarietà generale;

⁷⁹ La letteratura giuridica e sociologica è in merito vasta. Una distinzione analitica delle diverse teorie è effettuata, in particolare da: V. SIMI, in *Il Pluralismo previdenziale secondo Costituzione*, Milano, anno., p. 17 e ss.; . OLIVELLI, *La Costituzione e la sicurezza sociale, I principi fondamentali*, Milano, 1988, p. 81 e ss. Più sinteticamente, si possono distinguere tre concezioni:

- una prima teoria, secondo cui la nozione di sicurezza sociale abbraccerebbe gran parte delle funzioni statali finalizzate a dare attuazione a quel programma di liberazione e promozione umana. Rientrerebbero, secondo tale teoria delineata da U.M. COLOMBO, *Principi e ordinamento dell'assistenza sociale*, Milano, 1968, le politiche per l'occupazione, l'istruzione pubblica, le politiche di sicurezza pubblica, le politiche del lavoro. Si legge, in tale teoria, una forte influenza di quel modello di sicurezza sociale delineato a livello internazionale proprio a ridosso della fine della seconda guerra mondiale;

- una seconda teoria, che ha avuto un maggior credito, è quella avanzata da A. VENTURI, *I fondamenti scientifici della sicurezza sociale*, Milano, 1954. Secondo tale autore, la sicurezza sociale è identificabile con quella funzione statale volta ad assistere il cittadino che versi in situazioni di bisogno, attraverso la predisposizione di appositi servizi. Secondo Venturi, dunque, la sicurezza sociale si caratterizzerebbe per l'onnicomprendività, in quanto la sicurezza sociale dovrebbe intervenire in tutti i casi di pregiudizio derivante dall'alterazione tra bisogni e redditi, per bisogni dunque non tassativamente predeterminati; universalità, in quanto l'intervento pubblico di sicurezza sociale dovrebbe riguardare tutti i cittadini; eguaglianza delle prestazioni che dovrebbe garantire un minimo vitale a tutti senza alcuna differenziazione; solidarietà generale, in quanto tali interventi dovrebbero essere finanziati con le entrate fiscali (secondo un sistema di 'fidelizzazione'); unità in quanto la sicurezza sociale dovrebbe essere garantita con servizi unitari. Quanto delineato da Venturi ha assunto un particolare rilievo nel pensiero di M. PERSIANI, menzionato alla nota n. 12. Si veda di tale Autore, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960; *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2007;

- infine una terza, elaborata da G. CHIARELLI, *Appunti sulla sicurezza sociale*, 1948, già cit., su cui si è formato anche il pensiero di V. SIMI, secondo cui la sicurezza sociale sarebbe una finalità dello stato fondata sul riconoscimento che la sfera della persona umana, protetta dall'ordinamento giuridico, deve comprendere la soddisfazione di alcuni bisogni essenziali; e il raggiungimento di queste finalità può risultare da vari mezzi, a volte assumendo le forme concorrenti dell'assistenza e a volte della previdenza sociale.

- dall'altra, della previdenza sociale che si caratterizza per essere una forma obbligatoria di assicurazione sociale destinata a tutti i lavoratori. Si tratterebbe di un sistema il cui carico finanziario grava principalmente sui lavoratori e sui datori di lavoro; mentre allo Stato è imposto l'obbligo di provvedere alla istituzione e al mantenimento dell'apparato organizzatorio.

Su posizioni diametralmente opposte è la tesi di chi,⁸⁰ muovendosi da una visione universalistica e unitaria della sicurezza sociale, ritiene la possibilità di una reciproca complementarità dell'assistenza e della previdenza. Secondo tale indirizzo, infatti, vero è che assistenza e previdenza sociale sono istituti distinti; *«ma distinguere non significa separare; anzi la distinzione è necessaria per unire»*.⁸¹ In tale ottica, quanto previsto al primo e quanto stabilito secondo comma dell'art. 38 Cost. muovono verso il medesimo fine, che è quello di garantire la libertà dal bisogno. Di conseguenza, nei primi due commi non sono espressi interessi pubblici distinti e differentemente valutabili. La distinzione starebbe nella diversa intensità della tutela offerta dall'ordinamento giuridico dalle due disposizioni che hanno, come destinatari un unico soggetto: il cittadino. In tale prospettiva, quella solidarietà previdenziale che secondo lo schema mutualistico verrebbe a crearsi tra lavoratore e datore di lavoro sarebbe superata da una solidarietà che coinvolge l'intera collettività che si fa carico dell'obbligatorietà di tale sistema previdenziale. In questo senso, l'intervento finanziario dello Stato si rende necessario, anche per i lavoratori, ogni qual volta la solidarietà infracategoriale si rivela non del tutto sufficiente per il raggiungimento dell'effettiva sicurezza sociale del singolo individuo. In tale logica, secondo M. PERSIANI, *«La previdenza sociale, inserita nel più ampio sistema della sicurezza sociale, ha perso ormai ogni eventuale residuo dell'originale carattere privatistico per divenire un servizio pubblico»*, divenendo essa stessa strumento di giustizia redistributiva.

2.3. L'art. 38 Cost. e il pluralismo sociale: la costruzione di un modello di sicurezza sociale quale espressione di una solidarietà 'a cerchi concentrici'.

Muovendo dal concetto di sicurezza sociale finalizzata alla tutela della persona dal bisogno come delineata da G. CHIARELLI,⁸² l'art. 38 Cost., nel pensiero di V. SIMI⁸³, assume un significato particolare.

⁸⁰ Cfr. in particolare M. PERSIANI, *Commentario cit.*, p. 236 e ss.

⁸¹ Cfr. M. PERSIANI, *Commentario cit.*

⁸² Cfr. G. CHIARELLI, *op. cit.*

⁸³ Cfr. V. SIMI, *Il pluralismo previdenziale secondo costituzione*, Milano, 1986.

Secondo tale ultimo autore, il sistema di sicurezza sociale delineato dall'art. 38 della Costituzione sarebbe l'espressione più immediata del principio del pluralismo sociale; principio cardine del nostro sistema democratico, il quale è costruito non solo sul rapporto tra Stato e individuo (come invece era l'ordinamento liberal-ottocentesco), ma anche sul rapporto tra singolo, formazioni sociali⁸⁴ e Stato.

Ne deriva l'importanza che per tale autore assume la sussidiarietà sociale in conseguenza della quale il concetto stesso di Stato sociale assume sfumature diverse, in quanto 'sintesi' del concorso tra le diverse forze pluralistiche che compongono la società per il conseguimento di fini comuni.

D'altra parte, è proprio l'art. 2 della Costituzione a imporre tale modello riconoscendo, nelle formazioni sociali, la sede di sviluppo della persona umana; e imponendo il dovere di solidarietà economica e sociale in capo a tutti i lavoratori. Lo stesso articolo 3, secondo comma, impone poi allo Stato-Comunità di farsi carico di quel programma di liberazione e promozione umana.

Pertanto, secondo V. SIMI, «*La sicurezza sociale diviene un sistema organico che richiede una varietà di voci e pone delicati problemi di integrazione e coordinamento...L'indirizzo costituzionale non è per l'assorbimento delle componenti di una rigida unità statalistica, ma per il coordinato sforzo di tutte le forze del corpo sociale*».⁸⁵

Sullo sfondo di questo pensiero, vi è l'immagine di un uomo in grado di autoproteggersi dal bisogno, attraverso lo svolgimento di un'attività lavorativa; in grado così di partecipare attivamente alla vita spirituale e materiale del Paese.

Da questo punto di vista, i diritti sociali previdenziali esercitano una funzione residuale: essi compaiono quando l'esercizio del diritto-dovere al lavoro (e le garanzie che ne conseguono) non è ipotizzabile.⁸⁶

L'articolo 38 Cost. prende in considerazione, dunque, l'ipotesi di un uomo che da solo non è in grado di autoproteggersi e che, proprio per questo motivo, fa appello alla solidarietà sociale ed economica della Comunità.

In ragione, dunque, di quel dovere di solidarietà sociale ed economica imposta al singolo, alle formazioni sociali, nonché agli enti pubblici territoriali, e dunque anche

⁸⁴ Sull'importanza delle formazioni sociali nel nostro ordinamento si richiama: A. BARBERA, *Commento all'art. 2 cit.*; N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana, cit.*; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella costituzione italiana*, Padova, 1989.

⁸⁵ Cfr. V. SIMI, *op. cit.*

⁸⁶ Cfr. A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, 2006, p. 101. Proprio l'art. 1 Cost. esalta il modello lavoristico come criterio privilegiato per l'accesso al sistema di tutele e delle forme di partecipazione alla vita democratica. Sulla rilevanza del principio lavoristico, cfr., in particolare, C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1954.

allo Stato, l'art. 38 Cost. sembra pensato sulla base di una rete di solidarietà 'a cerchi concentrici', in cui si fa appello alla solidarietà sociale generale sulla base di una logica sussidiaria, a seconda della capacità del singolo di farsi carico del dovere di solidarietà sociale ed economica. E infatti l'art. 38 della Costituzione richiama:

- una solidarietà volontaria, spontanea 'assicurativa' sancita all'ultimo comma dell'art. 38 Cost.;

- una solidarietà obbligatoria, *infracategoriale*, di gruppo, basata sul concorso finanziario di ciascun lavoratore e datore di lavoro e imposto dallo Stato per il raggiungimento delle finalità proprie della sicurezza sociale, quale diretta espressione di quanto sancito all'ultimo comma dell'art. 2 Cost. L'assicurazione sociale viene imposta cioè a tutti coloro che hanno una capacità economica-contributiva tale da poter sopportarne il carico assicurativo;

- infine una solidarietà *generale*, direttamente richiamata all'art. 38, primo comma, Cost., che funge da chiusura del sistema previdenziale pluralistico e che comporta, da parte dello Stato, l'assunzione dell'obbligo di attuare una protezione sociale a favore di tutti i consociati che, per motivi indipendenti dalla propria volontà, versano in condizioni economiche e sociali tali da non poter sopportare gli obblighi previdenziali imposti dal secondo comma dello stesso art. 38.

Da questo punto di vista, V. SIMI arriva a sostenere la necessità di tracciare una netta distinzione tra sfera assistenziale (art. 38, primo comma, Cost.) e quella previdenziale (art. 38, secondo comma, Cost.).⁸⁷

La tesi di V. SIMI, appare nel suo nucleo essenziale condivisibile e fortemente attuale, data la rilevanza che, specie a seguito della riforma del Titolo Quinto della Costituzione, ha assunto il principio di sussidiarietà in senso orizzontale nonché l'istanza pluralistica, per effetto dei quali anche i gruppi e le comunità minori si vedono riconosciuto un attivo e autonomo ruolo nella gestione della *res publica*.

Questo è vero soprattutto per l'ambito assistenziale; ma altrettanto può dirsi per la previdenza pubblica: è oggi sussidiario, infatti, l'intervento pubblico rispetto alla iniziativa di autoprotezione che il singolo lavoratore può e deve individualmente predisporre: l'attuale sistema previdenziale (sia nella componente base che nella componente complementare o integrativa di quella) richiede il concorso finanziario del singolo, il quale, infine, in ragione di quella rete di solidarietà a cerchi concentrici

⁸⁷ Partendo da questo assunto, V. SIMI arriva a criticare la posizione di chi come M. PERSIANI fa appello ad una solidarietà generale, piegata all'esigenza di politiche redistributive del reddito, che implicando il superamento di logiche esclusivamente mutualistiche, porta al punto di non essere più in grado di determinare l'onere assistenziale che grava direttamente o indirettamente sullo Stato.

su cui è retto il nostro ordinamento costituzionale, partecipa così al finanziamento dell'intero sistema previdenziale pubblico.⁸⁸

3. La 'parola alla Corte Costituzionale': il carattere aperto del modello costituzionale di sicurezza sociale. L'art. 38 quale espressione di un'obbligazione solidale di risultato e non di mezzo.

Il modello di sicurezza sociale basato sulla 'solidarietà a cerchi concentrici', che ritaglia, esaltandolo, un ruolo attivo del singolo individuo e delle formazioni sociali in ragione di quel dovere di solidarietà economica e sociale che la Costituzione italiana impone ai sensi dell'art. 2, trova oggi riscontro, a livello legislativo, specie in ragione della crescente insostenibilità finanziaria del sistema pensionistico pubblico in senso stretto.

Tuttavia, da un punto di vista strutturale, SIMI concepisce questo sistema sulla base di una netta contrapposizione tra previdenza e assistenza sociale; ricorrendo a istituti o strumenti già noti all'entrata in vigore della Costituzione (solidarietà, fiscalità, mutualità, assicurazione) che, a ben vedere, non si impongono come costituzionalmente vincolanti.

Così come non è altrettanto costituzionalmente vincolante un modello di sicurezza sociale caratterizzato da una gestione verticistica o monopolistica dei servizi prestati.

L'art. 38 della Costituzione, cioè, non impone una scelta costituzionalmente vincolata al legislatore; non definisce un modello di sicurezza sociale sempre identificabile, nel corso del tempo, per la sua struttura; non impone soluzioni o strumenti predeterminati, ma lascia libero il Legislatore di scegliere i mezzi e di adattare ai tempi e sicuramente alle risorse finanziarie disponibili l'organizzazione del sistema previdenziale.

L'art. 38 della Costituzione si caratterizza quindi per la sua elasticità; per la sua carica dinamica; è, nel nostro ordinamento costituzionale, una «*norma aperta*»,⁸⁹ che impone in capo allo Stato 'un'obbligazione solidale', non di mezzo, ma di risultato: l'unica scelta costituzionalmente vincolata e vincolante per il Legislatore presente e futuro è l'attuazione del programma di liberazione dell'uomo dal bisogno; la

⁸⁸ Tenuto conto del fatto, che come verrà in seguito delineato, la questione risulta più complessa, specie se si considera che i contributi che ciascun lavoratore versa, pur essendo utilizzati in una logica solidaristica 'pagare' le pensioni di altri, essi rilevano pur sempre per la determinazione dell'importo della pensione dello stesso.

⁸⁹ Come è stata definita da M. CINELLI, ne *L'adeguatezza della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità*, 1986, p. 1173 e ss.

realizzazione di quello *standard* di protezione che l'art. 38 Cost., compatibilmente con le risorse finanziarie disponibili, prevede, quali che siano nel tempo gli strumenti utilizzati o utilizzabili.⁹⁰

A far chiarezza circa la portata dell'art. 38 Cost., ha contribuito la Corte costituzionale, la quale, in più occasioni, ne ha offerto una interpretazione anche sistematica.

Innanzitutto, la Corte costituzionale ha sottolineato il carattere unitario del modello di sicurezza sociale, alla luce degli articoli 2 e 38 Cost.: un tale sistema appare essere costruito su 'istanze solidaristiche a cerchi concentrici'; in tal senso, la Corte ha avallato la distinzione tra assistenza sociale, che richiede il necessario coinvolgimento della solidarietà generalizzata a tutta la collettività e la previdenza sociale, costruita - sebbene non esclusivamente - sulla base del rapporto mutualistico di gruppo o di categoria, che, quale espressione di quell'istanza solidaristica imposta dagli artt. 2 e 3 Cost., è preordinata anche a logiche di giustizia redistributiva.⁹¹

Secondo la Corte però, la diversa attuazione della solidarietà 'assistenziale e previdenziale' corrisponde ad una scelta politica non irrazionale, in quanto «è rimessa alla discrezionalità del legislatore la determinazione dei tempi, dei modi, e della misura delle prestazioni sociali sulla base di un razionale contemperamento con la soddisfazione di altri diritti, anch'essi costituzionalmente garantiti, e nei limiti delle compatibilità finanziarie».⁹²

Da questo punto di vista, è vero che la Corte ha manifestato nel tempo una costante propensione per un sistema di sicurezza sociale basato sulla distinzione tra assistenza e previdenza sociale, delineandone i tratti distintivi,⁹³ e definendo le forme di protezione sociale in termini di «due distinte fattispecie tipiche»,

⁹⁰ Una tale interpretazione è sostenuta in dottrina da M. CINELLI, *Appunti sulla nozione di previdenza sociale*, in Riv. It. Dir. Lav., 1982, p. 161 e ss.; Cfr. anche P. OLIVELLI, *op. cit.*, in particolare p. 94 e ss.

⁹¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 173 del 1986, nella quale si rileva come, dal 1968 in poi, fosse in atto una riforma «del regime previdenziale assicurativo, per cui si è abbandonato il sistema mutualistico e si è introdotto invece il sistema solidaristico».

⁹² Cfr., a titolo esemplificativo, Corte cost., sentenza. n. 17 del 1995; V anche: sentenza n. 28 del 1984; sentenza. n. 105 del 1985.

⁹³ Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 31 del 1986. Secondo la Corte, l'art. 38 della Costituzione, da un punto di vista strutturale, ipotizza due modelli tipici di intervento sociale: l'uno fondato unicamente sul principio di solidarietà, l'altro suscettivo di essere realizzato storicamente anche nella fase successiva all'entrata in vigore della Costituzione, mediante strumenti mutualistico-assicurativi destinati il primo ai cittadini e il secondo ai lavoratori. La Corte sottolinea poi che le prestazioni riservate ai lavoratori debbano essere di entità superiore rispetto a quelle previste per i cittadini, in ragione della partecipazione degli stessi lavoratori al progresso del Paese. Inoltre sottolinea come tali prestazioni possano variare: «Il secondo comma dell'art. 38 della Costituzione, indicando fatti giuridici di soggetti giuridici particolarmente qualificati (i lavoratori), rinvia a tutte le norme ...relative al lavoro che si è prestato o si sta prestando e... in particolare alle contribuzioni versate durante i periodi di lavoro».

autonomamente caratterizzate da diversi profili strutturali.⁹⁴ Tuttavia, è anche vero che la stessa Corte ha sempre evidenziato l'apertura dell'art. 38 Cost. secondo cui tali fattispecie tipiche non rappresentano opzioni costituzionalmente vincolanti, riconoscendo, in capo al Legislatore ordinario, la possibilità di delineare modelli atipici – come ha fatto, per esempio, con l'istituto dell'integrazione al minimo – per la realizzazione dei medesimi fini.⁹⁵

Con specifico riferimento al secondo comma dell'art. 38 Cost., poi, la Corte ha precisato che tale disposizione «*lascia piena libertà allo Stato di scegliere le strutture organizzative ritenute più convenienti al raggiungimento dei fini indicati, né lo vincola, ove scelga la forma assicurativa, a improntarla ai presupposti e agli schemi delle assicurazioni private*».⁹⁶

Si può quindi qui anticipare che l'approccio della Corte costituzionale all'ambito previdenziale appare accompagnato, specie a fronte dell'insostenibilità della spesa pubblica previdenziale come si è registrato nell'ultimo ventennio, da una buona dose di pragmatismo:⁹⁷ essa, cioè, prende atto che l'assetto del sistema previdenziale è sempre il frutto di scelte politiche del Legislatore;⁹⁸ scelte che devono rispondere, come si avrà modo di vedere, al canone della ragionevolezza e della razionalità (che impongono riforme previdenziali ispirate al criterio della gradualità).⁹⁹

Il Legislatore, dunque, risulta vincolato solo nel raggiungimento del risultato: la liberazione del singolo dal bisogno. La stessa Corte costituzionale, infatti, definisce la prestazione pensionistica come «*strumento necessario per il raggiungimento dell'interesse della collettività alla liberazione di ogni cittadino dal bisogno e alla garanzia di quelle minime condizioni che consentono l'effettivo godimento dei diritti civili e politici, con una riserva, costituzionalmente riconosciuta, a favore del lavoratore di un trattamento previdenziale, rispetto alla generalità dei cittadini*».¹⁰⁰

Da questo punto di vista, volendo marcare l'accento sull'istanza pluralistica che l'art. 38 Cost. richiama, il fine previdenziale non perderebbe la sua rilevanza

⁹⁴ La distinzione tra assistenza e previdenza sociale è avvalorata ancor più dalla Corte costituzionale nelle decisioni in materia di minimi pensionistici. Cfr., a titolo esemplificativo: sentenza n. 31 del 1986; sentenza n. 17 del 1995.

⁹⁵ Cfr. Corte cost., sentenza n. 31 del 1986 cit.

⁹⁶ Cfr., sentenza n. 100 del 1991. V. anche: sentenza n. 160 del 1974; sentenza n. 91 del 1976.

⁹⁷ Cfr., in tal senso, M. D'ONGHIA, *La giurisprudenza previdenziale e i costi del Welfare*, Lecce, 2001, p. 30.

⁹⁸ Cfr. in tal senso, in particolare, V. CRISAFULLI, *op. cit.*; C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Diritto del Lavoro*, 1954, p. 155.

⁹⁹ Sul principio di gradualità, in particolare, cfr. M. LUCIANI, *Gradualità per le riforme in Italia Oggi* del 12 febbraio 1996; Nella giurisprudenza costituzionale, richiamano il principio di gradualità, in particolare le sentenze n. 128 del 1973 e n. 126 del 1977.

¹⁰⁰ Cfr. M. D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 25 e ss.; V. anche Corte cost., sentenza n. 286 del 1987.

pubblicistica solo per una – ipotetica – gestione da parte di soggetti privati, o per l'impostazione mutualistica della previdenza *infracategoriale*, in quanto la dimensione pubblicistica è rappresentata proprio dall'obbligatorietà del sistema pensionistico, dall'imposizione al singolo lavoratore/datore di lavoro dell'obbligo contributivo e dalla natura stessa dell'obbligo del versamento dei contributi, quale espressione di quel dovere di solidarietà sociale ed economica del singolo lavoratore, nei confronti dell'intera collettività.

Significativo, in tal senso, è quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 173 del 1986 in materia di tetti pensionistici: *«Il sistema, informato – si ribadisce – al modello della sicurezza sociale e ai principi della solidarietà operanti nei confronti dei membri della collettività, abbraccia tutte le manifestazioni della mutualità e attua un principio di collaborazione per l'apprestamento dei mezzi di prevenzione e di difesa contro i rischi protetti. Il contributo non va a vantaggio del singolo che lo versa, ma di tutti i lavoratori, e peraltro, in proporzione del reddito che si consegue, sicchè i lavoratori a redditi più alti concorrono anche alla copertura delle prestazioni a favore delle categorie con redditi più bassi»*.

Ed ancora: *«L'adempimento dell'obbligo contributivo corrisponde alla soddisfazione di un interesse diverso e superiore a quello egoistico del singolo soggetto protetto e la realizzazione della tutela previdenziale corrisponde al perseguimento dell'interesse pubblico e, cioè, di tutta la collettività»*.¹⁰¹

Così, altrettanto significativo, in merito, è quanto affermato dalla Corte costituzionale in relazione alla privatizzazione dell'ente nazionale di previdenza e assistenza per i veterani e al relativo obbligo di iscrizione: nella sentenza n. 248 del 1997, infatti, i Giudici costituzionali sottolineano come *«la suddetta trasformazione ha lasciato immutato il carattere pubblicistico dell'attività istituzionale di previdenza e assistenza svolta dagli enti, articolandosi invece sul diverso piano di una modifica degli strumenti di gestione e della differente qualificazione giuridica dei soggetti stessi: l'obbligo contributivo costituisce un corollario, appunto, della rilevanza pubblicistica dell'inalterato fine previdenziale»*.

4. L'inviolabilità del diritto a ricevere una prestazione pensionistica.

A questo punto, si impone una riflessione in merito alla natura del diritto a ricevere una prestazione previdenziale.

Esso si pone nel nostro sistema costituzionale come diritto inviolabile, in quanto espressione di quei valori costituzionali su cui è costruita la nostra forma di Stato

¹⁰¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 173 del 1986, punto 10 del considerato in diritto.

democratico; in quanto strumento di garanzia per la liberazione dal bisogno e per il pieno sviluppo della persona umana.¹⁰²

Tale diritto, come tutti i diritti sociali, trova il proprio fondamento, non a livello legislativo, ma a livello costituzionale e, come tale, non si pone in una 'condizione di minorità' rispetto ai diritti di libertà solo perché il suo esercizio concreto è 'veicolato' da un intervento legislativo: anche per quanto riguarda il diritto a ricevere una prestazione pensionistica, infatti, vale quanto considerato da parte della dottrina sui diritti sociali in generale: in tali casi «*la legge funge da mera condicio sine qua non e non da condicio per quam che invece è già nella Costituzione*».¹⁰³

Sotto il profilo del fondamento assiologico del diritto a ricevere una prestazione pensionistica, dunque, passerebbe in secondo piano il problema relativo al tasso di programmaticità o precettività che l'art. 38 Cost. esprime. Da questo punto di vista, infatti, «*l'eventuale mancanza del presupposto di fatto condizionante (assenza dell'organizzazione e delle istituzioni necessarie) non tocca la garanzia di tale diritto quanto al se e al quid: questa, infatti, è già stabilita in Costituzione e non può essere negata a pena della sostanziale vanificazione di tale diritto come diritto costituzionale*».¹⁰⁴

Di conseguenza, in relazione all'*an* e al *quid*, il diritto a ricevere una prestazione pensionistica si afferma come diritto pretensivo, sì, ma pur sempre costituzionalmente tutelato e definito nel suo contenuto inviolabile.¹⁰⁵

Viceversa, il carattere programmatico della disposizione costituzionale, o più precisamente il suo essere «*norma vincolante ad applicazione differita*»,¹⁰⁶ può rilevare

¹⁰² Sulla correlazione tra diritti sociali e sviluppo della persona umana, Cfr. N. OCCHIOCUPO, *op. cit.*, p. 68 e ss.

¹⁰³ Così F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, 1995, p. 69 e ss. In tal senso, come si è detto (*cap. I*, § 1), la distinzione tra diritto sociale e diritto di libertà va scemando.

¹⁰⁴ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, p. 31; D. BIFULCO, *op. cit.*, p. 167.

¹⁰⁵ In tal senso, la Corte Costituzionale sembra superare l'*impasse* della programmaticità o precettività dell'art. 38 Cost. in relazione alla natura giuridica dei diritti previdenziali. Si pensi a quanto affermato nella sentenza n. 80 del 1971 e nella sentenza di rigetto n. 160 del 1974, nella quale ultima la Corte afferma che il secondo comma dell'art. 38 Cost. introduce una norma «*giuridicamente imperante atta a creare veri e propri diritti di prestazione, il cui carattere precettivo non viene meno per il fatto che destinatario della norma sia lo Stato, il quale è vincolato ad operare, con organi ed istituti predisposti o da esso integrati nel settore della disciplina dei rapporti sociali assicurativi nel senso voluto dalla Costituzione*». Si veda anche Corte cost., sentenza n. 22 del 1969.

¹⁰⁶ Si veda V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, *op. cit.*, p. 128 e ss.. L'autore considera la disposizione costituzionale quale espressione di «*principi programmatici*» dal carattere anche innovativo. Sul pensiero di Crisafulli, v. R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988, p. 179 e ss.; C. COLAPIETRO, *op. cit.*, p. 368. Cfr. anche M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, 1960 p. 151 e ss. In senso contrario, sul carattere precettivo di tale disposizione, LAVAGNA, *Le costituzioni rigide*, 1965. La distinzione tra norme programmatiche, norme vincolanti condizionate o ad applicazione differita e norme immediatamente vincolanti è di E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella costituzione italiana*, in AAVV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, p. 1789.

nella misura in cui tale diritto, sotto il profilo del concreto godimento, si pone come «condizionato»¹⁰⁷ dall'intervento legislativo che, inevitabilmente e dinamicamente, condiziona il *quando* e il *quomodo* (a cui si può aggiungere anche il *quantum* dell'entità delle prestazioni cui si riferisce)¹⁰⁸ dell'esercizio del medesimo da parte del rispettivo titolare.

Da questo punto di vista, il diritto a ricevere una prestazione pensionistica acquisterebbe, così, la sua 'pienezza' solo quando giungesse a completamento «una fattispecie strutturalmente complessa, perché costituita da numerosi elementi e a formazione successiva, perché alcuni di essi sono destinati a realizzarsi via via nel tempo»¹⁰⁹ (in tal senso, si pensi ai requisiti che il Legislatore impone, come per esempio, l'aver maturato una certa anzianità contributiva; l'avvenuto versamento della contribuzione previdenziale per un certo tempo; l'aver compiuto una determinata età anagrafica; l'estinzione del rapporto lavorativo).

Ciò ha indotto autorevole dottrina a ritenere l'impossibilità di configurare, prima del completamento di tale fattispecie progressiva, un vero e proprio *diritto alla pensione* distinto dal *diritto sulla pensione* e qualificabile, come quest'ultimo, in termini di vera e propria pretesa giuridica. Si tratterebbe, secondo questo orientamento di «una mera aspettativa di fatto la cui essenza sta nell'attesa di un evento (giuridico) più o meno probabile, ma pur sempre incerto mancando l'attribuzione di poteri giuridici idonei a garantire il completamento della fattispecie».¹¹⁰

Pur condividendo le conclusioni formulate da tale autore,¹¹¹ appare non del tutto convincente definire la posizione soggettiva tutelata ai sensi dell'art. 38 Cost. in termini di mera aspettativa di fatto o, quanto meno, tale posizione dottrinale merita di essere specificata.

¹⁰⁷ Secondo la distinzione operata da E. CHELI, *op. cit.*, p. 1789, il quale, riprendendo una distinzione operata da Baldassarre in *I Diritti sociali cit.*, distingue i diritti sociali originari o incondizionati e diritti derivati o condizionati, graduando così la categoria dei diritti sociali in ragione agli effetti. Cfr. anche C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio dell'equilibrio finanziario*, p. 54.

¹⁰⁸ Cfr. in particolare P. BARCELLONA, *Diritti sociali e Corte costituzionale* in *Riv. Giur. lav e prev. soc.*, 1994, p. 329, secondo il quale i diritti sociali sono diritti assoluti che operano ad un doppio livello «quanto al titolo, il centro di imputazione è l'individuo sociale che vive in questa società, ma il quantum di questi diritti non è determinato».

¹⁰⁹ Così, M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Arg di Dir. Lav.*, 1998, p. 311 e ss.

¹¹⁰ Così M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza cit.*, p. 314.

¹¹¹ E cioè la possibilità giuridica di modifiche *in pejus* in ragione della sostenibilità finanziaria nel tempo del sistema previdenziale, dovendo però andare alla ricerca dei limiti costituzionalmente imposti alla *reformatio in pejus* in materia previdenziale.

A parere di chi scrive, infatti, si può parlare di un *diritto alla pensione*¹¹² che esiste nell'ordinamento costituzionale a prescindere dal completamento o meno della fattispecie complessa.

E' proprio il radicamento, a livello costituzionale, dell'*an* e del *quid* della prestazione pensionistica a offrire una solida garanzia sulla certezza nel tempo di tale diritto e a fungere da 'condizionamento' stesso nei confronti del legislatore, presente e futuro.

E' proprio in ragione del riconoscimento a livello costituzionale del suo fondamento ontologico – oserei dire anche della sua ambivalenza 'ontologica'¹¹³ – a rendere quell'*an* della prestazione pensionistica non condizionato e non condizionabile dalla disponibilità delle risorse finanziarie, e dunque fruibile dai lavoratori di ogni tempo.

Da questo punto di vista, allora, si può certamente sostenere l'inesistenza nell'ordinamento costituzionale di un 'diritto alla pensione', se con tale espressione si intende il diritto ad un determinato regime pensionistico. Inesistenza, giustificabile, come si avrà modo di argomentare meglio in seguito, alla luce dell'inevitabile condizionamento che il fluire del tempo esercita su tutti i rapporti di durata e alla luce della discrezionalità riconosciuta al Legislatore.

Quest'ultimo, infatti, nell'esercizio del suo potere politico, potrà sicuramente plasmare nel tempo le dinamiche dei diritti sociali; senza tuttavia mai 'snaturare' il carattere inviolabile di tale diritto, con la conseguenza che l'eventuale esercizio arbitrario e irragionevole del potere legislativo di disporre in merito al *quando*, al *quomodo* e al *quantum*, che vada a ledere l'*an* e il *quid* della prestazione pensionistica o il contenuto essenziale (o meglio inviolabile) di tale diritto sociale, non sarà privo di 'sanzione', poiché sarà sempre sindacabile in sede di giudizio di legittimità costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza delle scelte discrezionali effettuate, nel tempo, dal Legislatore.

¹¹² Così anche G. FERRARO. Ammesso che non si tratti di un diritto pieno, la pretesa giuridica ad avere una pensione si configura come qualcosa di più di una mera aspettativa di fatto; quantomeno come una aspettativa di diritto.

¹¹³ Ambivalenza data dal fatto che il godimento di tale diritto è legato ad un unico filo con il dovere di versare i contributi previdenziali posto in capo al singolo lavoratore. In tal senso, è anche veicolo di un interesse pubblico che assume una rilevanza costituzionale; è espressione, seguendo quel concetto di democrazia in termini di *Integrazione dell'io nel noi*, di quel dovere *inviolabile* di solidarietà economica che, come si avrà modo di approfondire, assume anche una dimensione *intergenerazionale*.

- CAPITOLO III -

LA SOLIDARIETÀ INTERGENERAZIONALE
E IL CONDIZIONAMENTO DELL'EQUILIBRIO FINANZIARIO.
IL DIALOGO TRA IL LEGISLATORE E LA CORTE COSTITUZIONALE:
UNA PROSPETTIVA DIACRONICA.

- SEZIONE I -

Il fondamento teorico della solidarietà intergenerazionale

SOMMARIO. 1. Dall'inviolabilità all'intertemporalità dei diritti fondamentali. Introduzione al problema. – 2. Il fondamento giuridico della responsabilità intergenerazionale in senso ampio: da «*Il concetto di diritto*» di H.L.A. Hart alla teoria della responsabilità intergenerazionale come contenuto minimo di un nuovo diritto naturale di R. Bifulco. – 3. L'apertura al futuro delle Carte costituzionali. La possibile configurazione di un principio costituzionale di responsabilità intergenerazionale. – 4. La questione intergenerazionale come questione di giustizia sociale intertemporale. I diritti e doveri dietro un velo d'ignoranza: la responsabilità intergenerazionale nella teoria di J. Rawls. – 5. Dal generale al particolare: la solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico pubblico e la problematica (in)sostenibilità dell'equità intergenerazionale. – 6. Dalla solidarietà al conflitto intergenerazionale. Le cause dell'attuale insostenibilità della solidarietà intergenerazionale. – 6.1. Le trasformazioni del mercato del lavoro e il mancato adeguamento della rete di protezione sociale alla nuova realtà. – 6.2. Il processo di invecchiamento demografico della popolazione e il problema della equa distribuzione tra generazione dei 'costi' delle riforme pensionistiche. – 7. Equità intergenerazionale e 'principio del giusto risparmio'. Il rispetto dell'equilibrio finanziario quale prima forma responsabilità giuridico - economico verso le generazioni future. – 7.1 La rilevanza dell'art. 81 Cost. per la realizzazione dell'equità intergenerazionale.

1. Dall'inviolabilità all'intertemporalità dei diritti fondamentali. Introduzione al problema.

Seguendo la prospettiva tracciata nel precedente capitolo, si può certo affermare che corollario o caratteristica dell'inviolabilità di tale diritto sociale sia proprio l'*intertemporalità* del medesimo. Una tale lettura è avallata oggi da una parte della dottrina italiana e straniera, come emerge dagli atti di un Convegno tenutosi a Parma nel novembre del 2007.¹¹⁴

In quanto diritto fondamentale, infatti, il diritto alla pensione si presta ad essere collocato in una dimensione intertemporale, andando a tutelare non “*solo una singola persona, un singolo individuo durante la (limitata) durata della vita, ma ...astrattamente un'intera generazione futura, il susseguirsi delle generazioni di uomini e cittadini come un'unità*”

¹¹⁴ Atti pubblicati oggi in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.

indistinta”;¹¹⁵ esso cioè si pone in una dimensione antecedente, contestuale e posteriore alla decisione politica - legislativa del presente.¹¹⁶

Non è un caso che la caratteristica dei diritti umani che Carte internazionali, sopranazionali e costituzionali richiamano sia proprio l'universalità degli stessi, i quali debbono essere riconosciuti come tali senza accezione di tempo, di luogo o di soggetti.¹¹⁷

Basti per ora accennare solo all'articolo 2 della Costituzione italiana, in cui si sancisce la preesistenza dei diritti inviolabili - riferiti all'uomo senza ulteriore specificazione temporale¹¹⁸ - rispetto all'atto di riconoscimento, prima, e di garanzia, dopo, da parte del diritto positivo.

Sono poi (anche) gli stessi diritti fondamentali ad assurgere a *principi supremi* dell'ordinamento costituzionale, categoria che più di tutti evoca l'immagine di un 'eredità' da trasmettersi di generazioni in generazioni.

Una tale lettura, dunque, induce a mettere in rilievo l'efficacia intertemporale, più in generale, delle stesse norme costituzionali.

Il carattere inviolabile dei diritti o piuttosto la categoria dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, infatti, richiamano l'immagine della Costituzione in sé come 'tavola di valori', capace di coniugare passato, presente e futuro e dunque di rompere la rigidità degli schemi spazio-temporali che condizionano l'efficacia del diritto positivo.¹¹⁹

Il riferimento al contenuto essenziale del vincolo costituzionale, così, è in grado di richiamare l'idea di Costituzione in termini di patto intergenerazionale, di “*norma intragenerazionale e intergenerazionale di un processo sempre aperto*”¹²⁰ capace di innovarsi ma

¹¹⁵ Così P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Urbino, 1993, p. 208 e ss.

¹¹⁶ Cfr. A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in Id. (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003.

¹¹⁷ Secondo una definizione di G. CONCETTI, *I criteri per determinare i diritti umani*, in *I diritti umani. Dottrina e prassi*, 1982, p. 657. Cfr. anche P. TORRETTA, *Responsabilità intergenerazionale e procedimento legislativo. Soggetti, strumenti e procedure di positivizzazione degli interessi delle generazioni future*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro cit.*, p. 699 e ss.; R. BIFULCO, *Diritto e Generazioni future cit.*, p. 151.

¹¹⁸ Così R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Le generazioni future cit.*, p. XXIII; P. TORRETTA, *Responsabilità intergenerazionale cit.*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro cit.*, p. 701. Diversamente, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, p. 23 secondo cui riconoscere “la soggettività giuridica di tutti gli esseri umani...presuppone la fisica personalità”.

¹¹⁹ Così, G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, 2005, p. 25, secondo cui la funzione di ogni Costituzione “è quella di fissare i presupposti della vita comune e le regole di esercizio del potere pubblico accettate da tutti, posti perciò, al di fuori, anzi al di sopra della contesa politica”.

¹²⁰ Così, M. ABRESCIA, *Un diritto al futuro: analisi economica del diritto, costituzione e responsabilità tra generazioni*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro cit.*, p. 161 e ss.

anche di garantire nel tempo la certezza di tali diritti inviolabili.¹²¹

Muovendosi da questa prospettiva, l'art. 38 Cost. quale specificazione del programma espresso ai sensi degli art. 2 e 3 Cost. incarna un concetto di sicurezza sociale molto più esteso, da intendersi come «*contratto sociale* [in grado di garantire] *non solo la giustizia sociale e la sicurezza sociale individuale e collettiva, ma anche forme efficaci di solidarietà intergenerazionale*». ¹²²

Porre l'accento sul carattere intertemporale dei diritti fondamentali, significa dunque affrontare una serie di problematiche tutte relative al condizionamento del futuro sull'azione giuridica del presente (e viceversa) che inducono lo studioso di diritto a confrontarsi con aspetti inediti della scienza giuridica.

Anche riferendosi nello specifico al sistema previdenziale italiano, queste problematiche possono essere ricondotte al più ampio e non certamente semplice dibattito circa la configurabilità, in chiave giuridica, della responsabilità intergenerazionale, da intendersi, in senso ampio:

- sia in termini di *responsabilità - solidarietà verso le generazioni future*, che ancora non esistono ma che esisteranno;
- sia in termini di *responsabilità-solidarietà intergenerazionale in senso stretto*, (non unidirezionale ma reciproca) che può sorgere per effetto della relazione tra generazioni già esistenti. Una tale ipotesi, come si avrà modo di specificare in seguito, è quella che caratterizza le dinamiche del rapporto previdenziale pubblico,

¹²¹ Come è stato osservato, questo modo di interpretare il testo costituzionale porterebbe a superare il limite legato al principio di sovranità popolare. L'esercizio della sovranità popolare, cioè, comporterebbe il potere di ogni generazione di darsi una nuova costituzione, sentendosi libera, rispetto ai vincoli posti dalla generazione precedente. Della portata di tale divieto è testimonianza storia l'art. 28 della Costituzione francese del 1793 secondo cui «*un peuple atoujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures*». In tal senso, convince la tesi di R. BIFULCO, A. D'ALOIA *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, op. cit. Tali autori offrono una interpretazione in chiave intergenerazionale dello stesso art. 28 della Cost. francese: tale disposizione potrebbe anche essere interpretata nel senso di individuare un vincolo in capo alla generazione presente, un dovere di «*consentire questo esercizio di libertà alle generazioni rispetto ad esse future e che perciò il contesto di volta in volta trasmesso non deve (o non dovrebbe) essere gravemente ed irrimediabilmente compromesso*». In tal senso, ma più moderatamente, in quanto volto comunque a sostenere la capacità delle generazioni future di modificare le costituzioni ricevute, G. PALOMBELLA in *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, 1997, p. 63 e ss.. L'autore, infatti, parte dal presupposto che le regole poste dalla generazione precedente vanno a costituire il contesto in cui si svolgono le azioni della generazione presente. In tal senso «*è ben concepibile e naturale la capacità dei nostri predecessori di vincolare i nostri comportamenti futuri. Il che rappresenta un legato giuridico e politico che ci permette comunque l'esercizio della sovranità e dei diritti a partire da uno stadio più avanzato, più maturo*». Si vedano, a tal proposito, le considerazioni di R. BIFULCO, *Futuro e Costituzione. Premesse per uno studio sulla responsabilità verso le generazioni future*, in AA.VV. *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, 2004, p. 287 e ss.

¹²² Così D. BIFULCO, *L'inviolabilità cit.*, p. 213, 214.

costruito sulla base di un rapporto tra *padri e figli*, tra generazione presente di pensionati attuali, e generazione futura di pensionati (o lavoratori attuali). Esso si caratterizza, cioè, per il fatto che la fase della contribuzione è temporalmente distinta da quella della fruizione del trattamento pensionistico: i lavoratori attuali, coloro che non sono ancora fruitori di una prestazione pensionistica e che sono lontani dal raggiungimento dell'età pensionabile, sopportano il carico contributivo a favore dei pensionati attuali, senza però avere la certezza che le generazioni a loro successive facciano altrettanto e, dunque, senza avere la certezza sul godimento, in futuro, di un trattamento pensionistico.

Vero che i due profili attinenti alla responsabilità intergenerazionale possono assumere sfumature diverse. Tuttavia, da un punto di vista giuridico, anche con riguardo alla *responsabilità intergenerazionale in senso stretto*, appare fondamentale superare determinate obiezioni circa il riconoscimento di soggettività giuridica in capo a generazioni future non ancora esistenti; l'azionabilità, nel presente, delle pretese giuridiche loro imputabili; o, infine la non-identità delle stesse nel presente,¹²³

¹²³ In merito a queste constatazioni, concordo con chi, di recente, ha tentato di superare tali obiezioni, ponendosi come interrogativo cosa si intenda essere titolari di diritti. Cfr. in particolare, G. PALOMBELLA, *Ragioni di Giustizia, diritti e generazioni future*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro cit.*, p. 14. Inevitabilmente, se si assume a paradigma di tale ragionamento la categoria dei diritti soggettivi, tradizionalmente intesi come signoria della volontà del titolare della posizione giuridica, a cui si ricollega la capacità di agire a tutela dei propri interessi, tali obiezioni appaiono giuridicamente insuperabili. Tuttavia, una tale impostazione, specie con riguardo alla categoria dei diritti fondamentali, appare riduttiva. Allargando il campo d'indagine alla teoria generale del diritto, si deve dar conto della teoria, sviluppata dapprima da JHERING che apre la strada ad una concezione dinamica del diritto. (Per una ricostruzione delle diverse teorie che si sono succedute nel tempo, Cfr. R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, II, p. 149 e ss.). Secondo questo orientamento, riconoscere un diritto significa riconoscere come prioritario un bene, un interesse ricollegato agli individui per tutelare il quale l'ordinamento giuridico non legittima solo pretese e corrispondenti obblighi, ma una serie di posizioni giuridiche mobili "...che non presentano connotati univoci nel tipo e nella intensità della soggettività e nella modalità di tutela" non riducibili alla sola figura del diritto soggettivo. Appare così plausibile, come affermato da G. PALOMBELLA, *op. cit.*, sostenere "l'esistenza giuridica di interessi che devono essere protetti anche quando non siano predisposte né obbligazioni correlative né garanzie primarie o secondarie, consentendo che l'attribuzione di un diritto possa eccedere la sua riduzione alla capacità del suo titolare di volere o all'esercizio dell'azione in giudizio". Come anche sostenuto da R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Le generazioni future cit.*, p. XVII, l'affermazione dell'invulnerabilità di un diritto non deriva tanto dalla predisposizione da parte dell'ordinamento giuridico di strumenti di garanzia volti a tutelarlo. Questo, semmai, è una conseguenza del riconoscimento del carattere invulnerabile degli stessi. L'invulnerabilità di un diritto si commisura, piuttosto, in base al suo radicamento nel contesto sociale e in base alla sua riconducibilità "...nella sua portata oggettiva, ai principi basilari e inderogabili del patto costituzionale nel suo complesso". Gli stessi autori affermano, poi, p. XVIII "...Il sintagma diritti (fondamentali, invulnerabili ecc...) copre un panorama di figure e di situazioni che non presentano connotati univoci nel tipo e nella intensità della soggettività, e nelle modalità di tutela: la sostanza di questo fenomeno è invece differenziata e progressiva". Più netto è il tentativo di chi, come AXEL GOSSERIES RAMALHO, prova a costruire una teoria sui diritti delle generazioni future, partendo da diversi presupposti. Secondo Gosseries, si potrebbe superare l'obiezione della titolarità della pretesa giuridica, e dell'azionabilità della stessa, parlando di *diritti futuri condizionali*, cioè condizionati dall'esistenza del titolare ma azionabili nel presente attraverso il ricorso dello strumento di class actions esercitate in loro nome e conto di rappresentanti attuali. Cfr. AXEL GOSSERIES RAMALHO, *Lo scetticismo sui diritti delle generazioni future è giustificato?*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro cit.*, p. 28 e ss.

se si considera che, specie con riguardo ai diritti previdenziali, il lavoratore, che non ha ancora maturato le condizioni per poter fruire della prestazione pensionistica, è comunque soggetto *futuro* rispetto all'interesse giuridico oggettivamente tutelato dall'art. 38 Cost.

Inoltre, si può, a mio giudizio, cercare di operare una *reductio ad unum*, interrogandosi non tanto sulla possibilità del riconoscimento dello *status* giuridico delle generazioni future e della loro capacità di esercitare *ora* dei diritti o comunque pretese giuridiche azionabili nel presente; quanto piuttosto cercando di capire:

- se le generazioni future (intendendo indistintamente esseri umani ancora non esistenti o esistenti ma futuri rispetto alla pretesa giuridica tutelata dall'ordinamento) potranno godere in futuro e in *condizioni di equità*, di quei diritti costituzionalmente tutelati ma 'condizionati dal tempo presente';

- se sia riscontrabile, a tal fine, nell'ordinamento giuridico costituzionale un vero e proprio dovere delle generazioni presenti di astenersi dal frustrare quelle *condizioni di equità intertemporali* di esercizio di un diritto fondamentale che il concetto di inviolabilità richiama e, in caso di risposta affermativa, come si estrinseca in materia previdenziale.

Viene da sé, dunque, che il dibattito relativo alla responsabilità intergenerazionale in senso ampio - o altrimenti detto la questione intergenerazionale - si presenta soprattutto come questione di *giustizia sociale intergenerazionale*.

2. Il fondamento giuridico della responsabilità intergenerazionale in senso ampio: da «Il concetto di diritto» di H. L. A. Hart alla teoria della responsabilità intergenerazionale come contenuto minimo di un nuovo diritto naturale di R. Bifulco.

L'indagine, dunque, porta a sondare, prima di tutto, le potenzialità delle Carte Costituzionali a tutelare nel tempo quello che suggestivamente ed efficacemente è stato definito 'il diritto al futuro della persona', quale astratta componente del genere umano, estranea ad una collocazione generazionale.¹²⁴

Provare a dimostrare questa propensione, significa innanzitutto riflettere sui fini dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, come recentemente parte della dottrina italiana sembra aver fatto.

Muovendo da una visione teleologica della natura umana e considerando che fine

¹²⁴ In merito, P. TORRETTA, *Responsabilità intergenerazionale e procedimento legislativo. Soggetti, strumenti e procedure di positivizzazione degli interessi delle generazioni future*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di) *op. cit.*, p. 698 e ss.

ultimo dell'uomo è la sopravvivenza, c'è chi come H. L. A. HART¹²⁵, individua quale scopo ultimo di ogni ordinamento giuridico, quello di garantire la continuazione dell'esistenza umana.

Il pensiero di Hart si contraddistingue in quanto egli cerca di recuperare una interconnessione tra diritto e morale. Hart, infatti, muove dal presupposto che entrambe si occupano di istituzioni sociali volti alla continuazione dell'esistenza umana.

Da 'semplici' riflessioni sulla natura umana, Hart arriva a sostenere che ogni organizzazione sociale che voglia continuare ad essere vitale deve contenere certe norme di condotta «... *principi... universalmente riconosciuti che hanno una base in alcune verità elementari riguardanti gli esseri umani, il loro ambiente naturale e i loro scopi, possono essere considerati come il contenuto minimo del diritto naturale*». ¹²⁶

A conclusione di tale tesi, Hart nega il fatto che il diritto possa avere qualsiasi contenuto, essendo vincolato al rispetto del contenuto minimo, volto ad apprestare forme minime di protezione delle persone, «*quale condizione di buon funzionamento del sistema giuridico stesso*». ¹²⁷

Per quanto Hart non abbia trattato le problematiche relative alla responsabilità intergenerazionale, vi è chi, di recente, come R. BIFULCO, ha individuato in tale tesi un punto di riferimento per sostenere come il principio di responsabilità intergenerazionale assurga «*a contenuto minimo di un nuovo diritto naturale laico*» capace di orientare e vincolare il diritto positivo.

Hart, infatti, chiude le sue riflessioni, affermando «*che la verità dipende dal fatto che gli esseri umani e il mondo in cui vivano conservino le caratteristiche salienti che hanno ora*». ¹²⁸

¹²⁵ L. H. A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1991.

¹²⁶ L. H. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit. Hart individua un'interconnessione tra norme giuridiche e norme morali, che va appunto a costituire il contenuto minimo del diritto naturale, attraverso l'analisi di cinque elementi (trusmi). I primi quattro sono definiti statici, in quanto da essi discendono obblighi non modificabili dagli individui. Essi sono: la *vulnerabilità umana* considerando la debolezza del corpo umano, secondo questo primo elemento, precetto più tipico del diritto e della morale è *il non uccidere; uguaglianza approssimativa*. Da questo fatto, Hart deduce la necessità di un sistema di reciproche astensioni dalla violenza e di compromessi come base degli obblighi morali e giuridici; *altruismo limitato* che contraddistingue la natura umana e che impone un sistema etico- giuridico di reciproche astensioni; *risorse limitate*. Dal fatto che non sussistono risorse sufficienti a soddisfare tutti i bisogni umani, Hart spiega l'origine della proprietà individuale e il tipo sociale di norma che ne impone il rispetto. L'ultimo elemento è la *comprensione e la forza di volontà limitate*, dal quale scaturiscono norme dinamiche, che mettono gli individui in grado di creare obblighi e di vararne l'incidenza. Da tale elemento, Hart fa discendere la necessità che tanto la morale quanto il diritto pongano delle sanzioni necessarie a garantire che «*.. coloro i quali sono disposti a obbedire volontariamente, non vengano sacrificati a coloro che non sono disposti a farlo*». La funzione della sanzione, dunque, è quella di garantire una «*cooperazione volontaria in un ordinamento coattivo*».

¹²⁷ Così R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future cit.*, p. 68.

¹²⁸ L. H. A. HART, *Il concetto di diritto*, p. 232.

Ed infatti, teleologicamente diretto «a proiettare nel tempo l'immagine dell'uomo attuale e le condizioni necessarie alla sua sopravvivenza»¹²⁹ è proprio il principio della responsabilità intergenerazionale, da cui discende l'obbligo delle generazioni presenti a prendere in considerazione gli interessi delle generazioni future.

3. L'apertura al futuro delle Carte costituzionali. La possibile configurazione di un principio costituzionale di responsabilità intergenerazionale.

Si tratta allora di esaminare se e come si estrinseca la 'propensione al futuro' dei testi costituzionali e se, da essa, è deducibile un radicamento a livello costituzionale del principio di responsabilità intergenerazionale da cui far discendere un dovere in capo alla generazione presente di garantire quel diritto al 'futuro della persona' e, dunque, gli interessi delle generazioni future.

La Costituzione italiana non contiene alcun riferimento esplicito alla responsabilità intergenerazionale. E ciò a differenza di altri testi costituzionali molti dei quali legano la questione intergenerazionale a disposizioni poste a tutela di beni quali l'ambiente, l'eredità storico - culturale, a promozione dello sviluppo sostenibile o, infine, per sottolineare la funzione del sistema educativo.¹³⁰

¹²⁹ Così R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future cit.*, p. 64. Lo stesso autore, però, da atto di un'altra costruzione teorica attraverso cui si può rinvenire il fondamento giuridico del principio della responsabilità intergenerazionale. Esso è deducibile anche volendo considerare il diritto come ordine autonomo dalla morale, come mera tecnica sociale, come strumento per raggiungere validamente il suo obiettivo che rimane la sopravvivenza e quindi la coesistenza degli uomini. Con la conseguenza "... che le generazioni future possono essere tutelate solo se l'ordinamento giuridico appresta adeguati strumenti in tal senso, indipendentemente dalle ragioni per cui fa ciò o dai valori ultimi?" (p. 59). Così anche P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale cit.*

¹³⁰ Solo a titolo esemplificativo, si pensi al preambolo del *Bill of Rights* della Virginia del 1776 in cui si afferma che i diritti ivi previsti spettano al popolo e alla sua posterità; alla Costituzione della Pennsylvania del 1776 il cui preambolo collega la forma di governo alla felicità del popolo e della posterità. Non dissimile è il preambolo della Costituzione federale degli Stati Uniti d'America (1787). Con uno sguardo alle Costituzioni più recenti, si pensi all'art. 20 GG tedesca; all'art. 74 della Cost. polacca. Richiamano, poi, il problema della conservazione dell'ambiente e promozione dello sviluppo sostenibile, o a tutela dell'eredità culturale: l'art. 25 Cost. giapponese del 1947; art. 66 della Cost. portoghese del 1976 che richiama espressamente il principio di solidarietà tra le generazioni; art. 44, II comma Cost. slovacca del 1992; art. 5 Cost. slovena del 1991; art. 58, I comma della Costituzione albanese del 1998, l'art. 41 della Cost. argentina del 1994; l'art. 225 della Cost. brasiliana del 1988; l'art. 27 della cost. cubana del 1992; l'art. 117 della cost. del Mozambico del 2004; l'art. 25, lett. b) swl Sudafrica del 1996. Richiami alla questione intergenerazionale sono contenute anche in costituzioni di stati membri di federazione. Per esempio, l'art. 141 della Cost. bavarese; l'art. 12 della costituzione del Mecklenburg- Vorpommern; art. 39 I comma e 40 Cost. del Brandenburg. Per una ricostruzione completa in chiave comparatistica del panorama costituzionale, Cfr. A. D'ALOIA, *Introduzione, I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, p. LXIV e LXVI. Così anche R. BIFULCO, *Diritto e generazione future già cit.*, p. 124 e ss.

Eppure, non si può negare, come accennato in precedenza, una certa propensione della Carta costituzionale alla dimensione futura. Essa è ‘nata’ nel contesto giuridico del dopoguerra non come una Costituzione bilancio, e pertanto attenta alla sola realtà presente, ma già come una Costituzione programma, come promessa da realizzare, avente come scopo ultimo quello di attuare nel tempo la liberazione e promozione della persona umana. Da questo punto di vista, si concorda con chi¹³¹ afferma che il principio personalistico è di per sé suscettibile di una interpretazione in senso dinamico in quanto è riconducibile ad esso l’idea stessa di sviluppo della persona quale valore fondativo dell’ordinamento democratico.

Di questa immagine di ‘uomo proiettato nel futuro’ ne è testimonianza proprio l’art. 2 della Costituzione non solo, come già affermato, nella parte in cui riconosce l’uomo senza alcuna specificazione temporale quale titolare dei diritti inviolabili, ma anche quando impone alla comunità contemporanea l’adempimento di «*doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*» (art. 2, secondo comma, Cost.); o lo stesso art. 3, comma secondo, della Costituzione italiana che dichiara «*l’impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona*». Tali disposizioni potrebbero così assurgere a fondamento del principio di responsabilità intergenerazionale¹³² in quanto volti ad individuare dei doveri in capo alla comunità contemporanea per assicurare il futuro e lo sviluppo della persona umana.

L’apertura della Carta costituzionale italiana alla dimensione futura emerge, come è stato evidenziato da una parte della dottrina, da altre disposizioni: l’idea di *progresso* materiale e spirituale della società a cui ciascun individuo è chiamato a concorrere secondo quanto disposto all’art. 4, comma secondo, Cost.; lo stesso concetto giuridico di *popolo* richiamato all’art. 1 della Cost. è suscettibile di essere inteso in una dimensione intertemporale; la tutela della salute quale interesse collettivo, ai sensi dell’art. 32 Cost; l’art. 9 della Cost.; il riferimento allo «*sfruttamento razionale del suolo*» contenuto nell’art. 44 Cost.¹³³ Così pure contengono «*una logica di conservazione*

¹³¹ Cfr. N. OCCHIOUPO, *Gli ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale. III) Economia e politiche sociali*, in R. BIFULCO, A. D’ALOIA, *op. cit.*, p. 401 e ss. Si vedano altresì le considerazioni di A. D’ALOIA, *Introduzione, I diritti come immagini in movimento cit.*, p. L.; P. TORRETTA, *op. cit.*, p. 700;

¹³² Aderendo così ad una interpretazione dell’art. 2 quale disposizione a fattispecie aperta. Tale carattere sarebbe così riferibile anche ai doveri di solidarietà politica, economica e sociale. Cfr. A. BARBERA, *Art. 2 Cost.* in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, p. 53. In tal senso, anche P. TORRETTA, *op. cit.*, p. 701. Diversamente, G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 29.

¹³³ Come è stato osservato da R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, p. 142, «*l’uso dell’aggettivo razionale sembra permettere un rinvio alla tecnica della ragionevolezza come metodo di bilanciamento legislativo e giurisprudenziale degli interessi delle generazioni presenti con quelle future*».

dell'umanità» il valore della pace, come richiamato all'art. 11 Cost.¹³⁴ e il valore – principio supercostituzionale della dignità umana che «*assolve la funzione di norma di chiusura sostanziale o principio/valore riassuntivo o fondante la natura teologicamente personalista dell'ordinamento*»;¹³⁵ tale principio, «*proprio perché chiama in gioco il diritto di ogni uomo ad essere riconosciuto come persona... si presta ad essere posto a fondamento del principio di responsabilità intergenerazionale*». ¹³⁶ Esso è successivamente richiamato agli artt. 36 e 41, comma secondo, Cost., quale limite - insieme all'utilità sociale, alla sicurezza e alla libertà - dell'esercizio dell'iniziativa economica privata. Tali clausole limitative, infatti, richiamano inevitabilmente la questione intergenerazionale legata allo sviluppo sostenibile.¹³⁷

Rinvenendo dunque nel concetto di Costituzione stessa e in particolare in molte disposizioni costituzionali, una tutela della «*dimensione diacronica del genere umano*»,¹³⁸ cui la tesi di L. H. A Hart richiama, si può certo concordare con chi¹³⁹ sostiene che proprio tali disposizioni potrebbero fungere da fondamento al principio della responsabilità verso le generazioni future.

4. *La questione intergenerazionale come questione di giustizia sociale intertemporale. I diritti e doveri dietro un velo d'ignoranza: la responsabilità intergenerazionale nella teoria di J. Rawls.*

La ricostruzione del quadro costituzionale permette ora di scendere nello specifico e di tracciare le dinamiche della solidarietà intergenerazionale in materia previdenziale.

Si tratta di verificare se effettivamente il principio di solidarietà intergenerazionale possa essere interpretato come 'nuovo' criterio ordinatorio e 'nuovo' criterio di giustizia sociale *intra e intergenerazionale* o, più in generale, se esso possa tradursi in

¹³⁴ Le categorie giuridiche contenute nella Costituzione italiana che richiamano una possibile apertura alla dimensione futura sono così individuate da A. D'ALOIA, *Introduzione*, op. cit., p. LXIX., il quale proprio in riferimento all'art. 11 della Cost. evidenzia che “ *il ripudio della guerra si rafforza anche della considerazione che gli effetti della stessa non si esauriscono nel tempo presente, riverberandosi, invece, sulle condizioni di sopravvivenza, sulla sicurezza e sulla qualità della vita futura delle collettività coinvolte*”

¹³⁵ Così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime annotazioni)*, in *Pol. del diritto*, 1991, 347-348.

¹³⁶ Così R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, p. 141.

¹³⁷ Così A. D'ALOIA, *Introduzione cit*, p. LXIX.

¹³⁸ Così M. LUCIANI, *Generazioni future, spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA op. cit. p. 427. Anche questo autore, fortemente critico rispetto alla costruzione giuridica di diritti delle generazioni future, inquadra la questione intergenerazionale in termini di autoimposizione del dovere della generazione presente di non attentare irrimediabilmente ai beni comuni dell'intera umanità, partendo dal presupposto che “*nessuna generazione ha mai ritenuto che in se stessa si esaurisse l'intero genere umano*”; ciascuna generazione è volta alla tutela “*dell'interesse del soggetto in atto alla propria sopravvivenza come (parte di un) genere...*”.

¹³⁹ Si richiama in tal senso il pensiero di A. D'ALOIA e R. BIFULCO a cui è già stato fatto riferimento.

principio giuridico di organizzazione e razionalizzazione dei diritti sociali, alla luce della quale assumono rilevanza preminente tutte le problematiche relative alla *equa* gestione e *equa* distribuzione delle risorse tra le diverse generazioni.¹⁴⁰

Da questo punto di vista, appare doveroso condurre questa indagine partendo dalle riflessioni sviluppate in altri ambiti scientifici.

Il riferimento va alla teoria delineata da JOHN RAWLS negli anni '70, come poi rivisitata dal medesimo nel corso del tempo, il quale per primo ha fatto della questione intergenerazionale, una questione di giustizia intertemporale.

Al fine di reinvenire il fondamento ultimo della responsabilità verso le generazioni future, l'autore statunitense, porta ad un livello di pura astrazione la teoria del contratto sociale quale delineato dai giusnaturalisti del XVIII secolo. Infatti, in *Una teoria della giustizia*, J. Rawls non muove tanto dall'intento di individuare il fondamento di legittimità del potere statale né le condizioni dell'uscita dallo stato di natura. Scopo del contrattualismo moderno appare essere quello di individuare i principi che debbono regolare le istituzioni fondamentali di una società giusta definita dallo stesso autore in termini di «...associazione più o meno autosufficiente di persone che, nelle loro relazioni reciproche, riconoscono come vincolanti certe norme di comportamento e che, per la maggior parte, agiscano in accordo con esse».¹⁴¹

La società ideale rawlsiana, infatti, si caratterizza per essere un sistema di relazioni reciproche, di cooperazione, i cui termini sono definiti da norme comuni e condivise da tutti in quanto frutto di una scelta razionale collettiva.¹⁴² Sono, secondo J. RAWLS, proprio i principi di giustizia sociale a determinare le condizioni della cooperazione e a fornire «un metodo per assegnare diritti e doveri nelle istituzioni fondamentali della società» e a definire «la distribuzione appropriata dei benefici e degli oneri della cooperazione sociale».¹⁴³

Ne consegue che una società può dirsi idealmente bene - ordinata quando non solo «è tesa a promuovere il benessere dei propri membri, ma anche quando è regolata in modo effettivo da una concezione pubblica della giustizia». In ultima analisi, una società risulta

¹⁴⁰ Cfr. anche R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008., p. XXVI.

¹⁴¹ Cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, (trad. a cura di U. SANTINI), Milano, 2008, p. 26. Da questo punto di vista, nonostante le differenze e 'le distanze', si può intravedere tra la teoria delineata da Hart e la teoria di J. Rawls, un punto di contatto. Il contenuto minimo del diritto naturale nella teoria di Hart funge da condizione di buon funzionamento dell'ordinamento giuridico; così come, nella visione rawlsiana, il criterio dell'equità funge da prima condizione identificativa di una società bene ordinata e giusta.

¹⁴² J. RAWLS, *Una teoria della giustizia cit.*, p. 26.

¹⁴³ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia cit.*, p. 26.

essere bene ordinata quando sono soddisfatte due condizioni essenziali: «1) ognuno accetta e sa che gli altri accettano i medesimi principi di giustizia; 2) le istituzioni fondamentali della società soddisfano generalmente, e in modo generalmente riconosciuto, questi principi». ¹⁴⁴

E' proprio in relazione all'individuazione dei principi di giustizia che si inseriscono gli aspetti più originali e complessi del contrattualismo rawlsiano e della sua "teoria della giustizia come equità".

Infatti, secondo Rawls, «I principio di giustizia sono oggetto dell'accordo originario. Questi sono i principi che persone libere e razionali, preoccupate di perseguire i propri interessi accetterebbero in una posizione iniziale di eguaglianza per definire i termini fondamentali della loro associazione. Questi principi devono regolare tutti gli accordi successivi». ¹⁴⁵

Per spiegare come i membri della società scelgono i principi di giustizia, J. Rawls si avvale di due nozioni: la *posizione originaria* di eguaglianza e il *velo di ignoranza*.

La posizione originaria viene supposta come una condizione puramente ipotetica, ¹⁴⁶ come una posizione di iniziale eguaglianza in cui i contraenti, uomini liberi e razionali si trovano.

Il velo di ignoranza, invece, è l'espedito utilizzato da J. Rawls per giustificare l'equità della posizione iniziale, la razionalità della decisione e per assicurare «che nella scelta dei principi nessuno viene avvantaggiato o svantaggiato dal caso naturale o dalla contingenza delle circostanze sociali». ¹⁴⁷

J. Rawls ipotizza infatti che i contraenti posti nella posizione iniziale non siano in possesso di informazioni circa il loro ruolo nella società. ¹⁴⁸ Il velo di ignoranza consente cioè l'acquisizione di informazioni minime solo su ciò che accomuna i contraente (ma mai su ciò che divide) conducendo così i contraenti a scegliere

¹⁴⁴ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia cit.*, p. 27 aggiungendo, poi: " In mezzo a individui che hanno scopi e finalità diverse, una concezione condivisa di giustizia stabilisce legami di convivenza civile...una pubblica concezione di giustizia costituisce lo statuto fondamentale di una associazione bene-ordinata".

¹⁴⁵ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia cit.*, p. 32.

¹⁴⁶ D'altra parte, come attenti interpreti del pensiero di J. Rawls non hanno mancato di sottolineare, la natura ipotetica dell'accordo risale all'idea contrattualista di E. Kant. In *Scritti di storia, politica e diritto* (a cura di F. Gonnelli), Roma-Bari, 1995, p. 143 e ss., Kant sottolinea come: " questo contratto... non è in nessun modo da presupporci necessariamente come un fatto...Viceversa si tratta di una semplice idea della ragione che però ha indubitabile realtà pratica: obbligare ogni legislatore ad emanare le sue leggi così come sarebbero potute nascere dalla volontà riunita in un intero popolo e, considerare ogni suddito, in quanto voglia essere cittadino, come se avesse dato il suo assenso ad una tale volontà".

¹⁴⁷ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia cit.*, p. 33.

¹⁴⁸ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia cit.*, p. 33: "...nessuno conosce il suo posto nella società, la sua posizione di classe o il suo status sociale, la parte che il caso gli assegna nella suddivisione delle doti naturali, la sua intelligenza, forze e simili. Assumerò anche che le parti contraenti non sappiano nulla delle proprie concezioni del bene e delle proprie propensioni psicologiche".

principi di giustizia il più possibili generali e universali.¹⁴⁹

Successivamente, J. Rawls proietta la sua teoria di giustizia come equità in una dimensione intertemporale al fine di verificare se con essa possono essere risolti problemi attinenti alla giustizia intergenerazionale, assumendo che *«la vita di un popolo è concepita come uno schema di cooperazione che si estende attraverso il tempo storico. Esso deve essere governato dalla medesima concezione della giustizia che regola la cooperazione dei contemporanei»*.¹⁵⁰

E' evidente che questioni di giustizia intergenerazionale si pongono con riguardo all'uso di risorse naturali od economiche limitate e vanno a delineare le modalità attraverso cui tutte le generazioni possano trarre vantaggio dalle 'possibilità storiche'. Le parti, dunque, in posizione originaria debbono accordarsi su una norma di condotta - che Rawls definisce come *principio del giusto risparmio* - in grado di garantire *«che ogni generazione riceva quanto le è dovuto dai predecessori e dia il proprio equo contributo a quelli che vengono dopo»*.¹⁵¹ Tale principio di giustizia viene considerato in termini di *«regola che assegna un tasso appropriato a ciascun livello temporale»*.

Proprio per spiegare le dinamiche del principio del giusto risparmio, Rawls afferma che i contraenti sanno di essere contemporanei, ma che, posti dietro il velo di ignoranza, non sanno a quale generazione dell'umanità essi appartengono.

Questa condizione, però, non è sufficiente per giustificare la responsabilità dell'*agere* della generazione presente a favore delle generazioni future, perchè accettando la loro contemporaneità e non sapendo a quale generazione appartengono, i contraenti cercheranno di agire per massimizzare il tornaconto della loro generazione senza assumersi onere nei confronti delle generazioni future.¹⁵²

Per modificare questa conclusione, J. Rawls si avvale di "una assunzione motivazionale": le parti, nella posizione originaria, agiranno come dei capofamiglia preoccupandosi dei propri più immediati discendenti e accompagnati dalla

¹⁴⁹ Anche con riguardo alla ricerca di principi universali, emerge l'impostazione kantiana di J. Rawls. Per Kant, il criterio dell'universalizzabilità rappresenta un carattere formale e oggettivo di ciascuna norma. Scriveva E. KANT: *"Il fondamento di ogni legislazione pratica consiste oggettivamente nella regola e nella forma dell'universalità... che la rende capace di essere una legge ...e soggettivamente nel fine"*. E. KANT,

¹⁵⁰ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* cit., p. 285.

¹⁵¹ J. RAWLS, *op. cit.*, p. 282.

¹⁵² J. RAWLS, *op. cit.*, p. 145 *"Esse possono favorire la loro generazione rifiutando di fare qualunque sacrificio per i propri discendenti; essi non fanno altro che accettare il principio per cui nessuno ha il dovere di risparmiare per i propri discendenti. Le generazioni precedenti possono avere risparmiato o meno ; le parti ora non possono fare nulla che influenzerà quel fatto. In questo caso , il velo di ignoranza non riesce a garantire il risultato desiderato"*.

consapevolezza che le altre generazioni abbiano fatto e facciano altrettanto.¹⁵³

Da questo punto di vista, il principio del giusto risparmio diviene una convenzione tra generazioni diverse e innesca un sistema di cooperazione intergenerazionale,¹⁵⁴ *«affinchè ciascuna di esse sopporti la propria equa quota dell'onere della realizzazione e della conservazione della società giusta»*. Esso cioè, rappresenta, per usare le parole di J. Rawls *«una interpretazione, raggiunta nella posizione originaria, del dovere naturale precedentemente accettato, di sostenere e far progredire le istituzioni giuste»*.

Rawls, così facendo, ripropone in chiave moderna il concetto kantiano di partecipazione dell'intera umanità ad un destino comune, che fa emergere delle responsabilità poste a carico dell'uomo presente anche verso le generazioni future, il quale deve così agire *«in modo da considerare l'umanità sia nella [sua] persona sia nella persona di ogni altro, sempre nello stesso tempo come un fine, e ma unicamente come un mezzo»*.¹⁵⁵

Secondo dunque l'autore statunitense, dal *principio del giusto risparmio* discende un vincolo per la generazione attuale, la quale non può agire a suo piacimento, ma è condizionata dai principi che verrebbero scelti nella posizione originaria: in ragione di tale principio, le scelte distributive compiute da una generazione non devono pregiudicare i diritti – aspettative imputabili alle generazioni successive.

Secondo J. Rawls, dunque, il principio del giusto risparmio è ciò che definisce le condizioni di equità tra le persone appartenenti a diversi istanti di tempo. Con la conseguenza che l'equità intergenerazionale finisce per imporsi come vincolo nei confronti delle scelte operate a livello intragenerazionale.

5. Dal generale al particolare: la solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico pubblico e la problematica (in)sostenibilità dell'equità intergenerazionale.

Si è già accennato alla rilevanza della solidarietà intergenerazionale in ambito pensionistico.

Essa assurge a meccanismo di funzionamento in particolare dei sistemi

¹⁵³ Cfr. J. RAWLS, *op. cit.*, *«Arrivando ad un principio di giusto risparmio, pertanto, le parti si chiedono quanto siano disposte a risparmiare in ciascuno stadio, assumendo che tutte le altre generazioni abbiano risparmiato nel passato e risparmieranno in futuro in base allo stesso criterio. Devono così considerare la loro volontà di risparmiare in ogni fase di civiltà, essendo consapevoli che i tassi di risparmio da loro proposti finiranno con il condizionare tutto il ritmo dell'accumulazione.»*

¹⁵⁴ Cfr. J. RAWLS, *op. cit.*, *«Le parti si chiedono che cosa sia ragionevole aspettarsi reciprocamente per i membri di generazioni adiacenti a ciascuno stadio temporale. Essi cercheranno di mettere assieme un programma di giusto risparmio, bilanciano quanto essi saranno disposti a risparmiare per i più diretti discendenti con quanto si sentano in diritto di pretendere dai più immediati predecessori?»*.

¹⁵⁵ Cfr. anche U. POMARICI, *Generazioni future, identità personale, umanità*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro già cit.*, p. 159.

pensionistici a ripartizione (*pays as you go*), caratterizzate dal fatto che le prestazioni pensionistiche attuali sono pagate ai contributi versati-prelevati sulla retribuzione dei lavoratori attuali.

Un tale sistema gode di una duplice garanzia:

- una, è rappresentata proprio dal suo carattere pubblicistico. La sua 'forza' deriva dal fatto di poter contare sul potere dello Stato di imporre prelievi fiscali-contributivi (a cui corrisponde l'obbligo del lavoratore di versare i contributi previdenziali a favore degli attuali pensionati) e sulla capacità della intera comunità nazionale di produrre reddito;

- l'altra, è rappresentata dall'apertura alla dimensione futura: la solidarietà intergenerazionale diviene garanzia di sostenibilità del sistema intero.

Avvalendosi di spunti teorici sviluppati, in ambito economico,¹⁵⁶ è possibile spiegare le dinamiche della solidarietà intergenerazionale in ambito pensionistico, secondo la logica neocontrattualistica rawlsiana.

'Calando' in ambito previdenziale l'immagine del contratto stipulato nella posizione iniziale e del velo d'ignoranza, si può supporre che i contraenti iniziali, tutti contemporanei, siano consapevoli solo del fatto che la realizzazione dell'accordo stipulato dipenderà dall'atteggiamento delle generazioni future, che già dalla nascita, sanno dunque sia di doversi assumere un onere economico nei confronti dei 'loro padri', sia di poter avanzare 'pretese creditizie', per quanto versato, solo nei confronti della generazione successiva. Così facendo il sistema pubblico si presenta come *«un insieme di rapporti aperti, caratterizzati dall'accavallarsi di ruoli unilaterali per una serie indefinita di generazioni che sono motivate ad accettare gli oneri che il sistema impone a beneficio di quelle che le hanno precedute solo dall'aspettativa che quelle che le seguiranno manterranno lo stesso comportamento nei loro confronti»*. In tale schema aperto al futuro, dunque, la distinzione tra responsabilità verso le generazioni future, in quanto ancora non esistenti, e la responsabilità - solidarietà verso le generazioni esistenti, ma future rispetto al diritto di protezione sociale garantito dall'ordinamento costituzionale, finisce per annullarsi: tali aspetti sono concatenati, diventando facce di una stessa medaglia.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Il riferimento va alla teoria sviluppata da E. SOMAINI, *Equità e riforma del sistema pensionistico*. Bologna, 1996.

¹⁵⁷ A tal proposito, ancor più chiaro è quanto scritto da E. SOMAINI, *op. cit.*, "Le risorse liberate dai contributi sono destinate a soggetti dai quali i lavoratori non ricevono alcunché. La controprestazione compensativa verrà formulata in modo altrettanto unilaterale dalle generazioni future che saranno attive e pagheranno i loro contributi quanto quelle che attualmente sostengono gli oneri del sistema, avranno cessato di esserlo e saranno entrate nella fase di pensionamento".

Secondo il linguaggio rawlsiano, dunque, le generazioni future si presentano come contraenti impliciti, in quanto i contraenti diretti «*consapevoli del fatto che i patti da essi stipulati potranno essere rispettati solo con l'assenso delle generazioni future, saranno indotti a comportarsi come loro (indiretti) rappresentanti*». ¹⁵⁸

Da ciò si comprende bene come ciò che caratterizza i sistemi pensionistici a ripartizione sia una *responsabilità collettiva e reciproca* tra le diverse generazioni tale da indurre la generazione presente a mantenere un comportamento responsabile nei confronti delle generazioni successive che confidano nella solidità di quel patto sociale contratto. ¹⁵⁹

Alla luce di tali argomentazioni, si può ora capire quanto affermato in precedenza: la solidarietà intergenerazionale diviene garanzia di sostenibilità del sistema intero; essa si traduce, cioè, in «... *capacità di rispondere, anche nel lungo periodo, ai mutevoli bisogni della società e degli individui: bisogni che vanno dalla sicurezza di disporre di un reddito adeguato nei periodi di inattività e di vecchiaia... alla protezione sociale*». ¹⁶⁰

Ma l'«endiadi» solidarietà intergenerazionale-sostenibilità nel lungo periodo dei sistemi pensionistici può efficacemente funzionare solo ad una condizione: che siano predisposti, nel presente, meccanismi in grado di garantire l'equità intergenerazionale che si traduce, così, in criterio di giustizia sociale.

Un sistema pensionistico è in grado di soddisfare questo criterio solo se rende accettabile l'assunzione in capo ad una generazione di doveri che si impongono, rispetto ai diritti correlati, come equi. Nello schema pensionistico 'aperto al futuro', dunque, il dovere di farsi carico dell'onere contributivo posto in capo ad una generazione può dirsi equo se ad esso corrisponde l'esercizio, in futuro, di un diritto 'equivalente' a quello esercitato dalla generazione passata, laddove il parametro utilizzato per valutare questa equità è rappresentata non tanto dall'identità di mezzi attraverso cui è organizzato il sistema previdenziale italiano – da questo punto di vista, si è già ampiamente detto che l'art. 38 Cost. impone al legislatore l'assunzione di un'obbligazione di risultato e non di mezzo – né dall'entità economica del trattamento previdenziale di cui hanno goduto le generazioni passate, ma dal concetto di *adeguatezza* della prestazione previdenziale affinché anche la vita delle generazioni future (i lavoratori attuali) rifletta sempre l'immagine della dignità umana.

¹⁵⁸ E. SOMAINI, *op. cit.*

¹⁵⁹ Significativa a riguardo è l'espressione portoghese utilizzata dal Legislatore nella legge che istituisce "l'Istituto di solidarietà e previdenza sociale" per il settore privato: "*Il principio di solidarietà implica una responsabilità collettiva e reciproca dei cittadini, in ambito nazionale, professionale e intergenerazionale*".

¹⁶⁰ Citazione di T. TREU, come riportato da D. BIFULCO *op. cit.* nota 88, p. 213 e ss.

Viene da sé dunque che l'individuazione di una dimensione intergenerazionale dell'equità porta ad assegnare un ruolo centrale ai meccanismi giuridici in grado di garantire nel tempo la sostenibilità e la stabilità economica dei sistemi pensionistici.

6. Dalla solidarietà al conflitto intergenerazionale. Le cause dell'attuale insostenibilità della solidarietà intergenerazionale.

Allo stato attuale, però, il sistema pensionistico così come strutturato, appare fortemente vulnerabile ai mutamenti economici, politici e sociali che il nostro Paese sta affrontando, ingenerando una situazione di conflitto intergenerazionale che pregiudica la sostenibilità dell'intero sistema. E ciò a causa di diversi fattori.

6.1. Le trasformazioni del mercato del lavoro e il mancato adeguamento della rete di protezione sociale alla nuova realtà.

Come si è già visto, il lavoro è tutelato dall'ordinamento costituzionale – per ricordare le parole di C. MORTATI - «*non come fine o come mero strumento di guadagno, ma come strumento di affermazione della persona umana e garanzia di sviluppo e valorizzazione nel contesto sociale*». ¹⁶¹

Dalla centralità che il principio lavoristico riveste nel nostro ordinamento e dal ruolo di 'subordinazione' rispetto ad esso, o meglio, di 'garanzia' che l'articolo 38 Cost. assegna al sistema di previdenza sociale, emerge che ogni attività lavorativa non deve (non dovrebbe) essere svolta in condizione tale da limitare la libertà e la dignità umana. Il lavoro, cioè, *non è tale* se non è 'sicuro', 'garantito' da una rete di protezione in grado di neutralizzare gli eventi-rischi a cui il lavoratore, in quanto tale è esposto.

Conseguenza 'naturale' di questa stretta correlazione, è che ogni mutamento delle politiche occupazionali del Paese finisce per incidere inevitabilmente sulla fisionomia del sistema previdenziale.

Già alla fine degli anni '70, si sono incominciati a registrare i primi segnali del

¹⁶¹ C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, *Dir e lav. cit.*; Cfr. anche N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana*, già cit., p. 89. "Nella Costituzione, il lavoro viene inteso come elemento di vita e di sviluppo della persona umana, come elemento di comunione tra tutte le persone, come fattore essenziale della intera struttura costituzionale". L'autore ricorda poi il pensiero di G. CAPOGRASSI, per il quale: "il lavoro non è altro che il partecipare che fanno alla faticosa creazione della vita sociale le singole vite individuali....e così concepito e qualificato il lavoro...acquista il valore che la vita dell'individuo ha assunto e come tale subordina a sé tutti gli altri valori sociali, diventa quello che effettivamente è, fattore principale della costruzione della vita in comune" (p. 88). Si rinvia anche alle considerazioni espresse da A. D'ALOIA, *Lavoro, lavori ed eguaglianze...*

mutamento della realtà lavorativa del Paese.¹⁶² A causa del peggioramento della situazione occupazionale, da una parte, e delle diverse e ‘nuove’ esigenze dell’attività produttiva del Paese, dall’altra, il Legislatore ha incominciato ad avvertire la necessità di disciplinare i diversi lavori ‘atipici’ che andavano consolidandosi nella realtà sociale, dapprima solo come eccezione,¹⁶³ in alternativa al ‘paradigmatico’ lavoro subordinato e a tempo indeterminato.

Solo però con la Riforma Biagi (Legge n. 30 del 2003, D.lgs. n. 276 del 2003) si è preso atto del fatto che quell’‘atipicità’ del lavoro si stava traducendo in regola, con la conseguenza che, oggi, per usare le parole di U. ROMAGNOLI, la parola «... *lavoro* [deve essere declinata] *al plurale. Sia dal lato della domanda che dal lato dell’offerta*».¹⁶⁴

¹⁶² Cfr. per la ricostruzione dei mutamenti che hanno inciso sulla tipizzazione dei lavori non *standards*: P. OLIVELLI, *Flessibilità e (o?) tutela nel lavoro che cambia*, in P. OLIVELLI, M. MEZZANZANICA, *A qualunque costo? Lavoro e pensioni: tra incertezza e sicurezza*, Milano, 2005, p. 15 e ss.;

¹⁶³ Si pensi alla Legge n. 264 del 1958 e alla successiva legge n. 877 del 1973 dettata per il lavoro a domicilio o alla disciplina introdotta *in primis* dalla Legge n. 863 del 1984 per il contratto di lavoro a tempo parziale. Per una prima valutazione sulla disciplina dei lavori atipici e sulla prima disciplina comunitaria, Cfr. P. TORRETTA, *Forme di lavoro flessibile e diritti dei lavoratori: un banco di prova importante per il costituzionalismo “sociale” comune (europeo e nazionale)*, in M. SCUDIERO, *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2003, p. 583 e ss.

¹⁶⁴ U. ROMAGNOLI, 1998, p. 30. Le figure contrattuali che si identificano con la nozione di ‘lavoro atipico’ sono:

- il lavoro a tempo parziale orizzontale o verticale. La tutela previdenziale per tale attività è prevista dall’art. 9 D.lgs. n. 61/2000 che riproduce pressoché integralmente la precedente disciplina contenuta nell’art. 5 della Legge n. 863/84;

- il lavoro ripartito (*job sharing*), la cui disciplina iniziale era contenuta nella circolare ministeriale n. 43 del 1998 ed ora prevista dagli art. 41 e ss del D.lgs. 276/2003. Si tratta di un contratto di lavoro mediante il quale due lavoratori assumono in solido l’adempimento di un’unica identica obbligazione lavorativa. Per quanto riguarda la tutela previdenziale, essi sono assimilabili ai lavoratori a tempo parziale;

- il lavoro a termine, la cui disciplina è dettata dal D.lgs. n. 368 del 2001, rappresenta “una categoria riassuntiva in cui convergono un vasto e variegato insieme di motivazioni economiche connesse all’andamento della produzione, al tipo di organizzazione del lavoro, alle caratteristiche del processo e del prodotto” (L. ANGELICI, *L’apposizione del termine al contratto di lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2002, p. 613 e ss.; Così anche S. RENGÀ, *La tutela sociale dei lavori*, Torino, 2006, p. 156). Il termine di durata del contratto è apponibile solo se sussistono ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. Modifiche a tale figura contrattuale sono state introdotte recentemente con L. 247 del 2007 (per un commento delle modifiche si rinvia a G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *ADL*, 2008, p. 357 e ss.). L’intento dell’ultimo intervento legislativo è quello di “superare la legge Biagi” e riproporre la centralità del lavoro subordinato a tempo indeterminato. In ogni caso, il Legislatore ha lasciato invariato l’ampia casistica in cui è consentito l’apposizione del termine. Positivo, invece, è l’introduzione di una misura di contrasto alla precarietà: la fissazione di un limite temporale di durata massima alla successione di più contratti a termine stipulati tra lo stesso lavoratore e lo stesso datore per lo svolgimento di mansioni equivalenti (36 mesi comprensivo di proroghe e rinnovi), sfiorando il quale il contratto si considera a tempo indeterminato;

- il telelavoro, la cui disciplina normativa è rinvenibile nella contrattazione collettiva aziendale e nazionale. Si tratta di attività lavorativa svolta con strumenti telematici, al di fuori dell’azienda su incarico e o nell’interesse della quale la prestazione è svolta. Esso può assumere diverse qualificazioni giuridiche che vanno dal lavoro subordinato all’attività di impresa. La disciplina previdenziale applicabile dipenderà dall’inquadramento giuridico riconosciuto alla fattispecie concreta;

- Somministrazione di lavoro, introdotto con legge n. 196 del 1997 e disciplinato interamente dal D.lgs. 276/2003. In tale ipotesi si realizza, come definito dall’art. 20 di tale decreto, una relazione trilaterale in base

La riforma Biagi ha aperto così la strada alla creazione di un mercato del lavoro più flessibile in quanto più adattabile alle esigenze economiche della società postmoderna, in armonia con quanto si stava affermando a livello comunitario.

Tuttavia, a distanza di circa sei anni da tale intervento legislativo - che ha avviato un processo di riforma in realtà mai concluso, in quanto non correlato da alcun intervento di riforma strutturata degli ammortizzatori sociali (tutt'oggi in discussione) – l'idea della flessibilizzazione del lavoro si è tradotta in 'precarizzazione' del medesimo e 'dequalificazione' delle stesse attività lavorative¹⁶⁵.

alla quale un'agenzia intermediatrice a ciò autorizzata assegna un lavoratore da essa assunto ad un soggetto terzo al fine di effettuare una prestazione lavorativa nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore. Il contratto di somministrazione di lavoro può essere oggi solo a tempo determinato, in quanto ai sensi dell'art. 1, comma 46 della legge 247/2007 è stata abrogata la disciplina per la forma di somministrazione a tempo indeterminato;

- lavoro intermittente, la cui disciplina contenuta nel Decreto Biagi è stata oggi abrogata ai sensi dell'art. 1 comma 45 legge 247/2007;

- il lavoro intermittente, figura contrattuale oggi abrogata dall'art. 1, comma 45, legge 247/2007;

- lavoro a progetto (art. 61 D.lgs. 276/2003). I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, devono essere oggi riconducibili ad uno o più progetti specifici o a programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore, con l'organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa. Con legge finanziaria del 2007 (n. 296/2006) si è ampliata la tutela previdenziale dei lavoratori a progetto: ora è prevista l'erogazione dell'indennità di malattia, con esclusione degli eventi morbosi di durata inferiore a quattro giorni (art. 1 comma 788) a favore degli iscritti alla gestione separata inps, non titolari di pensione e non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie; si è previsto un incremento della tutela sul piano dei congedi parentali (art. comma 788); si è previsto un'operazione volte alla stabilizzazione dei rapporti a progetto (art. 1, comma 1202 e ss) (misura, in realtà, a cui si è ricorso solo fino al 30 aprile 2007. La disposizione è stata introdotta per far fronte all'inquadramento dei lavoratori dei *call center*, in particolare a seguito della vicenda del gruppo Atesia: in tale società, da un'ispezione, sono risultati simulati 3.200 contratti a progetto); e misure volte a favorire il reingresso nel mercato del lavoro dei lavoratori a progetto di aziende in crisi; è prevista inoltre un aumento della contribuzione per gli iscritti alla gestione separata INPS (art. 1, comma 770). Ciò non solo per motivi finanziari, ma per “ *attenuare la convenienza ad utilizzare tali forme c.d. atipiche di lavoro, [quale] strumento contro l'uso fraudolento di collaborazioni fittizie...e [contro] valutazioni meramente speculative degli imprenditori*”. Così, G. DONDI, *Il lavoro a progetto dopo la finanziaria per il 2007*, in *ADL*, 2008, p. 6 e ss. Altre ipotesi di lavoro contemplate dalla Riforma Biagi sono: il lavoro occasionale per un periodo non superiore a trenta gg; il lavoro autonomo occasionale; lavoro occasionale accessorio (art. 70-74 D.lgs. 276/2003), l'associazione in partecipazione (art. 2549 –2554 cc; D. Lgs. 276/03 art. 86); l'apprendistato (artt. 47-53 D.Lgs. 276/2003), la cui disciplina previdenziale rimane quella previgente alla Riforma Biagi; il contratto di inserimento, (art. 58 D.Lgs. 276/2003) rivolto a soggetti ad alto rischio di occupazione, per il quale non è prevista una valida rete di protezione sociale; il tirocinio formativo e di orientamento, non qualificabile come rapporto di lavoro e dunque escluso da una tutela previdenziale ed infine i piani di inserimento professionale. Per una disamina dettagliata di tali contratti, si rinvia in particolare a S. RENGA, *op. cit.*, 2006; M. PERSIANI, *La tutela previdenziale nella riforma del mercato del lavoro*, in *Priv. e ass. pubbl. e priv.*, 2004, p. 995 e ss.

¹⁶⁵ Verificandosi quello che J. DELORS nel libro bianco su *Crescita, competitività e occupazione* - scongiurava e che in Italia era stato evidenziato, con lungimiranza, anche da B. TRENTIN: “la flessibilizzazione intesa come strumento per aumentare gli occupati a livello aggregato, aumentando però al tempo stesso, la precarietà del lavoro e la sua tendenziale dequalificazione; la flessibilizzazione decisa al di fuori di articolate trattative tra le parti sociali, ossia intesa come rottura dei patti sociali esistenti nei singoli paesi europei, anziché come espressione del loro adeguamento alle mutate condizioni dei sistemi produttivi; la flessibilizzazione attuata con misure parziali, dettate da esigenze contingenti e particolaristiche, al di fuori di un disegno complessivo che ne riduca gli effetti traumatici rafforzando la protezione sociale nel suo insieme, conferendole la connotazione di diritto di cittadinanza...”. Così, B. TRENTIN, *Welfare: dal risarcimento alla promozione*, in *Welfare dallo Stato alla Comunità*, Roma, 1996, p. 7.

Questi mutamenti hanno prodotto e producono effetti negativi anche sulla sostenibilità del sistema previdenziale: la discontinuità lavorativa e la temporaneità lavorativa che caratterizza i diversi contratti di lavoro atipico (discontinuo, a tempo parziale, a termine, a progetto che sia) - come caratterizzava le ipotesi contrattuali già disciplinati prima della riforma Biagi - possono causare dei vuoti di tutela previdenziale che finiscono per condizionare quel 'diritto alla pensione' delle generazioni future.

Come sottolineato dalla dottrina giuslavoristica, il problema non è l'assenza di una copertura previdenziale di tali lavori; bene o male, nel tempo, il Legislatore ha operato una graduale estensione anche ad essi della tutela previdenziale costruita per il contratto di subordinato e a tempo indeterminato.¹⁶⁶

Il problema è invece rappresentato proprio dal fatto che, operando questa ravvicinamento della tutela previdenziale per lavori così diversi, il Legislatore non ha saputo adattare tale modello alle peculiarità dei lavori atipici, pregiudicando così l'adequatezza, quale prima garanzia di effettività, del livello di protezione previdenziale garantibile al futuro pensionato. Mi spiego meglio.

¹⁶⁶ Un primo avvicinamento è stato attuato ai sensi dell'art. 11 della legge 537/93, attraverso cui si è estesa l'assicurazione obbligatoria a tutela dei lavoratori parasubordinati. La svolta, però, è stata segnata dall'introduzione ai sensi dell'art. 2, 26° comma L. n. 335/1995 della cosiddetta 'quarta gestione' (o gestione separata) Inps attraverso cui si è estesa la copertura previdenziale ad un'eterogenea gamma di attività lavorative di carattere autonomo. Nella sua attuale configurazione, quale risulta a seguito delle modifiche introdotte ai sensi dell'art. 34 L. 342/2000 e dell'art. 44 L. 326/2003, la gestione separata Inps comprende: i lavoratori parasubordinati, vale a dire i lavoratori a progetto secondo quanto definito ai sensi dell'art. 61 del D lgs. 276/2003), soggetti che percepiscono redditi allo stato assimilati a quelli da lavoro dipendente, provenienti dallo svolgimento di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa; lavoratori autonomi, che non essendo iscritti ad albi professionali e a corrispondenti regimi previdenziali, svolgono per professione abituale ancorché non esclusiva attività di lavoro autonomo. Ad essi, sono affiancati ora anche gli incaricati delle vendite a domicilio, i prestatori di lavoro autonomo occasionale a cui, l'art. 44 II comma L. 326/2003 ha esteso l'obbligo assicurativo presso tale gestione in tutti i casi in cui il reddito annuo superi la soglia di euro 5.000. Restano escluse dalla copertura previdenziale i contratti di tirocinio formativo e di orientamento; di reinserimento; attività di lavoro socialmente utile; programmi di reinserimento di lavoratori anziani in attività socialmente utile; rapporti di lavoro part-time o stagionali con coltivatori diretti di zone montane; contratti di lavori di ricostruzione stipulati con soggetti rimasti senza lavoro per effetto di calamità naturali; rapporti di lavoro occasionale il cui reddito annuo non superi euro 5.000. Per parte della dottrina, questa graduale estensione della tutela previdenziale appare ispirata più da esigenze di bilancio e di cassa degli enti previdenziali che da istanze di effettiva estensione di adeguate tutele sociali ai soggetti da esse esclusi. Ed infatti, se si considerano le basse quote contributive relative alle prestazioni occasionali di tipo accessorio di cui all'art. 70 D. lgs. 276/2003, è ben ipotizzabile che tali lavoratori non potranno godere di una tutela previdenziale adeguata. Si vedano, a tal proposito le considerazioni di S. GIUBBONI, *Flessibilità, mobilità, atipicità dei lavori e sicurezza sociale*, in M. CINELLI, S. GIUBBONI (a cura di), *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Torino, 2005, p. 7 e ss.; M. CINELLI, "Nuovi lavori" e tutele: quali spazi per la previdenza sociale?, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2005, p. 225 e ss..

Il sistema previdenziale è ancorato al criterio dell'anzianità contributiva e, dunque, rapportabile al *quantum* dell'attività lavorativa prestata.

I lavoratori a termine, discontinui, a progetto o che svolgono comunque attività di breve durata non godranno in futuro di un trattamento pensionistico adeguato, tenuto conto che esso dipenderà, in ultima analisi, dalla durata dell'attività lavorativa prestata e dal livello della retribuzione assoggettata a contribuzione.

Vero che il Legislatore nel tempo ha introdotto degli strumenti volti ad arginare tali problematiche, ma altrettanto vero che tali strumenti sono 'facoltativi', rimessi alla volontà (che, in condizione di bassa retribuzione, si traduce in possibilità) dei singoli lavoratori, non favoriti del tutto però da validi e reali incentivazioni.¹⁶⁷ Solo

¹⁶⁷ Strumenti di contrasto alla discontinuità di carriera e dunque assicurativa sono, per esempio:

- il riscatto (art. 2 novies, legge n. 114 del 1974 e art. 2 legge 187 del 1997 come integrato dall'art. 1 comma 77 della legge 247/2007) che consente di incrementare la propria posizione assicurativa facendovi confluire contributi aggiuntivi in riferimento a periodi di vita produttiva che non avevano dato titolo a contribuzione o solo a contribuzione ridotta. Con l'ultimo intervento legislativo, per favorire i giovani, si è attribuita la facoltà di riscatto del corso legale degli studi universitari ai neolaureati , cioè anche a soggetti che non abbiano ancora iniziato l'attività lavorativa e quindi non siano iscritti ad alcuna forma obbligatoria di previdenza. Si tratta di una misura particolare in quanto consente la costituzione di un rapporto previdenziale in una situazione di non lavoro;

- la prosecuzione volontaria della contribuzione (Legge delega n. 243/2004, art. 1 comma 1 *lett. t*. Si tratta di uno strumento particolarmente oneroso per il singolo lavoratore. L'unico tipo di concorso agli oneri del riscatto o della prosecuzione volontaria da parte del sistema pubblico è rappresentato dal Fondo Inps destinato a favorire la continuità della copertura assicurativa e previdenziale (*ex* art. 69, comma 9 Legge n. 388/2000) e alimentato da finanze statali e dal contributo di solidarietà (*ex* art. 37, Legge n. 448/99).

Strumenti previdenziali che invece rispondono alla esigenza di mobilità professionale sono:

- la totalizzazione, introdotta dall'art. 71 della legge 388/2000 a seguito del monito della Corte costituzionale (sentenza n. 61 del 1999 pubblicata su *Riv. Giur. Lav.*, 1999, p. 813 con nota di BOER, *Il contributo della Corte costituzionale all'unificazione del sistema previdenziale* e consultabile anche in *Mass. Di giurisprudenza del lavoro*, 1999, p. 656 e ss., con nota di C. A. NICOLINI, *Tra cumulo e ricongiunzione, la Corte Costituzionale apre un percorso di flessibilità previdenziale*. La Corte costituzionale, infatti, con una sentenza "additiva di principio" ha dichiarato incostituzionale l'assenza di un regime generale di totalizzazione alternativo alla ricongiunzione) ed ora è disciplinato dal D. lgsl. n. 42 del 2006 che, all'art. 1 attribuisce agli iscritti a due più forme di assicurazioni obbligatorie, la facoltà di cumulare i periodi assicurativi non coincidenti al fine di conseguire un'unica pensione. Oggi, ai lavoratori che possono fare valere periodi assicurativi, frazionati presso due o più regimi pensionistici, compresi quelli gestiti dagli enti previdenziali privatizzati e che non siano titolari di trattamento pensionistico autonomo, è consentito il cumulo, ai fini dell'acquisizione di un unico trattamento pensionistico, dei periodi contributivi maturati presso i singoli regimi, purchè con coincidenti e purchè di durata non inferiori a tre anni (prima era prevista una durata non inferiore a 6 anni). Tale facoltà è prevista solo per i lavoratori che abbiano compiuto i 65 anni di età e che possano far valere 20 anni di anzianità contributiva o, indipendentemente dall'età anagrafica, abbiano maturato un'anzianità contributiva non inferiore a 40 anni);

- la ricongiunzione (disciplinata dalla Legge. n. 29/79 e, per i liberi professionisti dalla Legge n. 45 del 1990) che prevede, non il semplice cumulo dei vari premi assicurativi, ma il trasferimento effettivo dei contributi da una gestione all'altra. Il periodo contributivo non rileva in via frazionata, come nella totalizzazione, ma viene considerato svolto interamente presso il regime assicurativo di destinazione. Si tratta di un meccanismo che comporta comunque dei costi a carico dell'interessato, a differenza della totalizzazione, a meno che non si scelga di far confluire i contributi versati nei diversi regimi – speciali-, in

recentemente il Legislatore è stato indotto a cambiare rotta, con l'avvio di politiche volte a contrastare la precarietà delle attività lavorative (la legge n. 247/2007, infatti, introduce modifiche alla disciplina sui contratti a termine; la legge finanziaria per il 2007 amplia la tutela previdenziale dei lavoratori a progetto, così come l'ultima riforma pensionistica incentiva ed amplia il ricorso a strumenti quali il riscatto o la totalizzazione¹⁶⁸).

Guardando dunque alla correlazione tra politiche occupazionali e politiche pensionistiche appare evidente come la solidarietà *intragenerazionale* si sovrapponga a quella *intergenerazionale*: la realizzazione della prima diviene garanzia di effettività della seconda. L'introduzione di meccanismi, cioè, volti a creare e a diffondere 'lavori di qualità' e a risanare quella frattura tra flessibilità e sicurezza, rappresenta, in questa prospettiva, la prima garanzia di sostenibilità nel tempo dell'equità intergenerazionale in ambito previdenziale.

6.2. Il processo di invecchiamento demografico della popolazione e il problema della equa distribuzione tra generazione dei 'costi' delle riforme pensionistiche.

L'altro fattore che condiziona la sostenibilità del sistema previdenziale italiano è rappresentato dal processo di 'invecchiamento demografico', che, in modo più o meno accentuato, caratterizza l'intera società europea.

Con tale termine si intende, da una parte, l'approssimarsi all'età del pensionamento della generazione del *boom* demografico (vale a dire, i nati tra la seconda metà degli anni '50 e la prima metà degli anni '70); dall'altra, il progressivo aumento della speranza di vita, accompagnato da un calo della fertilità.

La combinazione di questi tre fattori comporterà un aumento dei pensionati a fronte di una diminuzione della popolazione in età lavorativa.

Studi statistici e simulazione economiche, con una proiezione fino al 2050, evidenziano dati allarmanti: si prevede, infatti, che la popolazione europea in età lavorativa (14-64 anni) diminuirà di 48 milioni di unità entro il 2050, a fronte di un aumento della popolazione anziana con più di 65 anni pari a 58 milioni di unità. Questo significa che, ancora una volta, le generazioni future (i lavoratori attuali)

quello generale gestito dall'inps. Cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2008 in particolare p. 193 e ss.; ID, *Nuovi lavori e tutele: quali spazio per la previdenza sociale?*, in *Riv. it. Dir. lav.*, 2005 p. 225 e ss.; ID *Il ruolo della flessibilità previdenziale nelle politiche dell'occupazione*, in S. GIUBBONI, M. CINELLI (a cura di), *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Torino, 2005, p. 39 e ss.; S. S. GIUBBONI, *Flessibilità, mobilità, atipicità dei lavori e sicurezza sociale*, in S. GIUBBONI, M. CINELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 8 e ss.; S. RENGA, *op. cit.*.

¹⁶⁸ Cfr. nota precedente.

saranno chiamati a farsi carico di un eccessivo onere economico: se oggi l'*old –age dependency ratio* è rappresentato dal 25% - e cioè i contributi versati da quattro lavoratori sono utilizzati per pagare il trattamento pensionistico di un pensionato – in futuro, si passerà ad una situazione in cui un lavoratore dovrà farsi carico dei contributi previdenziali per un pensionato.

Se alle previsioni sull'invecchiamento demografico si aggiungono le previsioni sulle politiche occupazionali, la situazione si complica: il rapporto della Commissione europea evidenzia che se fino al 2011 si registrerà una tendenza positiva sia per quanto riguarda la composizione demografica sia la crescita dell'occupazione – rappresentando, questo, a detta degli esperti, il periodo opportuno per realizzare riforme strutturali del *welfare* – e che se per il periodo compreso tra il 2012 e il 2017 si prevede che i tassi di crescita dell'occupazione compenseranno il processo di invecchiamento demografico, dopo il 2018 si assisterà, invece, ad una drastica riduzione della popolazione in età lavorativa e dell'occupazione in generale a fronte dell'incremento di pensionamenti della generazione del *boom* demografico e dell'invecchiamento della popolazione.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Dato che tale fenomeno finisce per incidere sulla fisionomia presente e futura del modello sociale europeo, è inevitabile che si sia un vivo interesse da parte dell'Unione Europea nel monitorare l'andamento demografico nei diversi Paesi. Si pensi alla *Relazione congiunta della Commissione e del Consiglio in materia di pensioni, adeguate e sostenibili* del marzo 2003 (7165/03); alla Risoluzione del Parlamento europeo sulla relazione congiunta del 24 settembre 2003; a quanto riscontrato dalla Commissione delle Comunità europee nel Libro verde su “*Una nuova solidarietà tra le generazioni di fronte ai cambiamenti demografici*” del marzo 2005 seguita da una Risoluzione del Parlamento europeo sulle sfide demografiche e la solidarietà tra le generazioni (2005/2147(INI)). I dati a cui si fa riferimento sono tratti da Ecofin-*Working Group on ageing populations, Report on the Impact of ageing populations on public spending*, febbraio 2006), come riportati da G. Amato, M. Mare, *op. cit.*. Si vedano anche le considerazioni di R. Brunetta, G. Cazzola, *Nota per una Maastricht delle pensioni*, maggio 2003. Per quanto riguarda il contesto italiano, si richiamano i dati rilevati dalla Ragioneria generale di Stato nel dicembre 2005. Per l'Italia, si registrano alcune lievi differenze rispetto alle previsioni effettuate a livello europeo. L'Italia, tra tutti i paesi europei, presenta la percentuale più alta di anziani (17,4%). E' in crescita anche la popolazione in età pensionabile che è stimata aumentare sino al 2010, “*quando la generazione del baby boom raggiungerà l'età della pensione*”, fino a raggiungere, nel 2030, una percentuale pari a circa il 30%. Se l'indice di dipendenza di anzianità rimane bene o male invariato, le previsioni della speranza di vita sono più accentuate, si registra, positivamente, un tasso di fecondità più elevato rispetto alla media europea (aumento del 1,5 nel 2030 e di 1,6 nel 2050); la crescita della spesa pensionistica rispetto al Pil nazionale per il periodo 2005-2050 sarebbe meno pronunciata per effetto di un aumento dei tassi di occupazione a partire dal 2030. Essa sarebbe destinata a raggiungere il massimo del 15,2% nel 2038 per poi diminuire fino al 13% nel 2050. Per una dettagliata analisi economica sulla crisi del sistema pensionistico, si rinvia a G. Geroldi, *Le pensioni e l'eredità del centrodestra*, del 13 giugno 2006 consultabile sul sito internet www.lavoce.info.it; M. Belloni, C. Maccheroni, *Actuarial neutrality when longevity increases: an application to the italian pension system*, Working paper 47/06 pubblicazioni Cerp; G. Amato, M. Mare, *op. cit.* p. 40. Sull'analisi economica delle riforme pensionistiche, si rinvia a M. Borella, F. Coda Moscarola, *Distributive properties of pension systems: a simulation on the italian transition from defined benefit to defined contribution*, Working paper 42/05 pubblicazione Cerp. Sull'invecchiamento demografico, si rinvia a M. Stranges, *L'invecchiamento demografico in Italia: verso un miglioramento della relazione tra età e lavoro*, in *Quaderni europeo sul nuovo welfare*, 2007, p. 102-118.

Proprio in ragione di tale processo, si manifesta l'iniquità in chiave intergenerazionale a cui si potrebbe andare incontro a fronte di riforme previdenziali non attuate o non completate. Per mantenere il bilancio in equilibrio, e puntando sul solo schema pensionistico a ripartizione, si dovrebbe, paradossalmente, o raddoppiare il livello dei contributi previdenziali trattenuti sui lavoratori - creando una situazione di iniquità intergenerazionale - o ridurre drasticamente l'entità delle pensioni¹⁷⁰ di oggi (ma anche quelle di domani); decurtazione che, a fronte dell'accentuarsi delle condizioni di bisogno, si porrebbe in contrasto con la funzione sociale dell'intero sistema pensionistico e altresì in contrasto con il parametro costituzionale della adeguatezza del trattamento previdenziale.

Situazioni di conflitto che ancora una volta possono essere 'contenuti' facendo ricorso al criterio dell'equità intergenerazionale a cui necessariamente è collegata l'assunzione di reciproche responsabilità e la equa distribuzione, in capo a ciascuna generazione, dei 'costi' degli interventi necessari in materia pensionistica.

Il processo di invecchiamento demografico ha indotto il Legislatore ad avviare nel 2004 un processo di riforma dell'intero sistema pensionistico, puntando sulla previdenza complementare, basato sul metodo a capitalizzazione, e attuando così una diversificazione dei rischi.

Tuttavia, così facendo, *"la generazione [- dei lavoratori attuali e futuri pensionati -] che effettua la transizione rischia di dover pagare due volte, per i propri padri e per se stessa"*¹⁷¹.

Si tratta, allora, di verificare quali sono i meccanismi appropriati per rendere più equa questa fase di transizione e verificare se, in una prospettiva intergenerazionale, ci siano alternative giuridicamente possibili alla *"...logica dei diritti acquisiti (come livelli immutabili) che privilegia chi di volta in volta decide"*¹⁷², che rendano cioè più equa, da un punto di vista intertemporale, la distribuzione dei costi di diritti sociali inviolabili.

7. Equità intergenerazionale e 'principio del giusto risparmio'. Il rispetto dell'equilibrio finanziario quale prima forma responsabilità giuridico-economico verso le generazioni future.

Dalla ricostruzione sebbene succinta di tale scenario 'apocalittico' per lo Stato

¹⁷⁰ Così, G. AMATO, M. MARÈ, *Il gioco delle pensioni: rien va plus ?*, Bologna, 2007, p. 34.

¹⁷¹ G. AMATO, M. MARE, *op. cit.* p. 94.

¹⁷² In tali termini, R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, già cit., p. XXI. Sulle difficoltà di realizzare l'equità in fase di transizione, anche M. Ferrara, *Le trappole del welfare*, Bologna, in particolare p. 55: *"Smontare e ricomporre catene di spettanze fra gruppi sociali e generazioni non è certo una operazione facile, anche solo sul piano tecnico. Nel caso della previdenza, ad esempio, il rispetto di criteri basilari di equità richiede sforzi di vera e propria chirurgia giuridico-finanziaria, prima ancora che di contrattazione politica e sociale."*

sociale, emerge con evidenza che il problema della previdenza sociale italiana riguarda la sostenibilità nel tempo del livello di adeguatezza dei trattamenti previdenziali come costituzionalmente prescritto. Ovviamente tali livelli possono essere garantiti nel tempo solo previo accertamento delle condizioni economiche di sostenibilità del sistema intero.

Come si legge nella Relazione congiunta,¹⁷³ la sfida di oggi è rappresentata dal tentativo di modernizzare i sistemi pensionistici, reinvenendo un giusto equilibrio tra adeguatezza dei trattamenti garantiti e la sua sostenibilità finanziaria nel tempo .

Ecco dunque che si ripropone un *leit motiv* ricorrente negli studi sullo Stato sociale: risorse disponibili e garanzie di effettività dei diritti sociali.

E' noto che i diritti fondamentali, in generale, e i diritti sociali, in particolare, presentano dei 'costi'; la loro effettività è condizionata dalle risorse economiche disponibili. Da questo punto di vista, non si è mancato più volte di sottolineare che, muovendo dall'idea di Costituzione come tavole di valori, il bilanciamento tra diritti sociali e risorse disponibili si porrebbe a prima vista come come falso, in quanto effettuato tra beni non omogenei. Data la centralità del valore della persona umana che informa l'intero testo Costituzionale, le ragioni della 'quadratura dei conti', della disponibilità delle risorse dovrebbero essere recessive rispetto alla inviolabilità dei diritti sociali.¹⁷⁴

Da una prospettiva diacronica o intertemporale, però, le ragioni legate al principio del giusto risparmio, in materia previdenziale in particolare, assumono un significato diverso.

Si è avuto già modo di osservare come le prestazioni erogate dal sistema previdenziale mirano a realizzare un interesse pubblico che prescinde da quello dei singoli soggetti protetti¹⁷⁵ in quanto consistente a garantire la rimozione di tutti gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.); rimozione che deve essere attuata mediante l'erogazione di mezzi adeguati alle esigenze di vita e non già - o non solo - di prestazioni che siano il corrispettivo dei contributi versati.

Se, come già sottolineato, l'inviolabilità del diritto alla pensione è riconducibile all'*inviolabilità* di questo interesse generale, espressione del vincolo di *societas* che caratterizza l'intero ordinamento giuridico, viene da sé che l'obiettivo che

¹⁷³ Cfr. *Relazione congiunta della Commissione e del Consiglio in materia di pensioni, adeguate e sostenibili* del marzo 2003, cit. in nota 68.

¹⁷⁴ Così, in particolare, D. BIFULCO, *L'inviolabilità cit.*, p. 208 e ss.

¹⁷⁵ Cfr. C. COLAPIETRO, *La crisi dello Stato sociale*, cit., p. 261 e ss.

l'ordinamento giuridico deve assumersi è quello di 'dare sicurezza (*sociale*)', in livelli adeguati, non solo ai pensionati attuali, ma anche a quelli futuri.

Ragionando secondo criteri di equità intergenerazionale, la realizzazione di tale garanzia non può gravare solo sulle generazioni future, imputando solo sugli attuali lavoratori i costi dei diritti dei pensionati attuali quando, a fronte di tali costi, non farà riscontro un beneficio analogo a quello che si pretende di conservare per gli attuali pensionati (altrimenti detto, la generazione presente non dovrebbe far gravare oltre modo sul futuro i costi di politiche sociali ed economiche attuali, 'sbilanciate', ricorrendo oltremodo all'indebitamento pubblico¹⁷⁶).

Proprio guardando agli interessi generali ed inviolabili della comunità, la solidarietà intergenerazionale diverrebbe criterio di organizzazione e razionalizzazione dei diritti fondamentali, presupponendo, però, quale condizione primaria, il rispetto del 'principio del giusto risparmio'.

L'equilibrio finanziario si porrebbe, così, come prima garanzia della realizzazione dell'equità intergenerazionale e prima garanzia del godimento dei diritti fondamentali da parte delle generazioni future.

Ed allora, questa prospettiva diacronica induce a considerare l'equilibrio finanziario non come valore contrario, limite allo svolgimento, sviluppo della persona umana nella realtà sociale, ma come valore ad esso correlato, ad esso funzionale¹⁷⁷ e, dunque, da promuovere in termini più rigorosi. Come parte della dottrina ha avuto modo di evidenziare anche di recente, questo rapporto di correlazione emerge anche in quelle norme costituzionali, in cui sembrerebbe in realtà prevalere la sola " *logica rigida della proporzionalità economica*", come anche nell'art.

¹⁷⁶ Così G. BOGNETTI, *La Costituzione economica*, Bologna 1995, p. 113, 114, che evidenzia come " *Alla lunga l'accumularsi del debito pubblico diverrebbe con ogni probabilità un peso insostenibile per la società e per l'economia nazionale. Per far fronte agli interessi da pagarsi ai titolari di BOT, CCT occorrerebbe effettuare prelievi tributari crescenti sulle retribuzioni dei lavoratori e cioè, in pratica sulle entrate delle nuove generazioni?*". Più incisivamente, A. D'ALOIA, *Equilibrio finanziario e indirizzo politico nel "diritto costituzionale comune" (europeo e nazionale)*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, RG. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, 2004, p. 480 e ss. Secondo cui: " *Un debito eccessivo e incontrollato, peraltro oltre a pregiudicare nella fase attuale la capacità di uno Stato di sviluppare politiche di crescita e al tempo stesso di coesione economica e sociale, scarica oneri pesanti e a rischio di insostenibilità sulle generazioni future ... è un profilo che non appare irrilevante sul piano del diritto, e segnatamente del diritto costituzionale, per la spiccata vocazione alla intertemporalità dei suoi principi e valori fondamentali*" Si richiamano anche le considerazioni di quest'ultimo autore contenute in ID. *Introduzione. I diritti come immagini in movimento cit.*, p. LII e ss.

¹⁷⁷ In tal senso, Cfr. L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Torino, 2002; G. BOGNETTI, *op. cit.* p. 112, secondo cui: " *Le regole procedurali*" impongono strettoie all'adozione di politiche sociali; ma si tratta di strettoie necessarie per il buon funzionamento dell'economia, senza il quale alla lunga anche la causa delle classi meno favorite finisce per essere danneggiata e senza il quale ad ogni modo una onesta e giusta vita nella società non può darsi?

38, secondo comma, Cost., in cui la tensione latente tra esigenza primaria della persona e ‘principio economistico’ può essere mediata facendo ricorso proprio alla categoria dell’equilibrio finanziario.¹⁷⁸

In una visione dinamica di ‘attuazione’ dei diritti fondamentali, dunque, si potrebbe provare a sostenere (e a dimostrare) che il rispetto dell’equilibrio finanziario è da considerarsi come “*misura della capacità di autoconservazione del sistema*”¹⁷⁹, come manifestazione di quella solidarietà intergenerazionale desumibile, implicitamente, dall’apertura del testo costituzionale alla dimensione futura.

7.1. La rilevanza dell’art. 81 Cost. per la realizzazione dell’equità intergenerazionale.

Viene da sé l’importanza strategica che, in questa partita con il futuro, riveste l’art. 81 Cost. che costituzionalizza «una forma di responsabilizzazione del Governo e del Parlamento nella determinazione dell’indirizzo politico- finanziario»¹⁸⁰ del presente, sì, ma che finisce per condizionare anche le scelte politico - economiche del futuro.

Con l’affermazione dello Stato sociale, essa, da mera regola procedurale, si è tradotta in criterio funzionale di indirizzo e programmazione economica e di realizzazione di sempre più innumerevoli funzioni di Governo;¹⁸¹ cosa che, come si avrà modo di analizzare in seguito, è stata enfatizzata nel tempo anche dalla Corte Costituzionale la quale, specie in materia previdenziale, non è rimasta ‘insensibile’ rispetto al problema del limite delle risorse disponibili.¹⁸²

¹⁷⁸ Così C. MAZZÙ, *Compatibilità economica e società pluralista*, Milano, 2008, p. 247. L’autore cita alcuni esempi: - l’art. 3 e 97 Cost. che definiscono i principi della ragionevolezza e dell’imparzialità della P.A. nei confronti del cittadino; gli artt. 3 e 53 Cost. che “*denunziano una contraddizione apparente tra i principi di proporzionalità e di progressività, ma pongono una regola che la chiarisce e la supera con la lettura sistematica alla luce dell’art. 3 II comma Cost., in cui la forza del valore dell’uguaglianza sostanziale, da conseguire, piega la logica rigida del dato matematico e l’adegua al bisogno di flessibilità del dato sociale per ottenere “il pieno sviluppo della persona umana”*” (p. 249); l’art. 36 Cost. in cui il principio economistico (L’ “*adeguatezza alla quantità e qualità del lavoro*”) è funzionale a quello personalistico (“*..in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa*”). Con riguardo a tale articolo, a detta dell’autore, “*è evidente la prevalenza di quest’ultimo, ma è latente il conflitto intrinseco al sistema economico, superabile o mediato solo con l’uso accorto della categoria della compatibilità economica*” (p.249). Altre esempio è rappresentato dall’art. 37 Cost. o appunto l’art. 38 II comma Cost..

¹⁷⁹ Così C. MAZZÙ, *op. cit.* p. 3.

¹⁸⁰ Così G. RIVISECCHI, *La garanzia costituzionale della copertura finanziaria come vincolo intertemporale alla spesa pubblica nella (limitata) prospettiva della tutela delle generazioni future*, in R. BIFULCO, A. D’ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro cit.*, p. 475 e ss.

¹⁸¹ Cfr. M. D’ONGHIA, *La giurisprudenza previdenziale e i costi del Welfare State*, Lecce, 2001, p. 73.; M.V. LUPO AVAGLIANO, *Pieni poteri alla Corte dei Conti per il contenimento della spesa pubblica*, in *Giur. Cost.*, 1995 p. 1764 e ss.

¹⁸² Basti, qui, ricordare i diversi moniti lanciati dalla Corte costituzionale con cui invitava il Legislatore a salvaguardare l’equilibrio del bilancio dello stato; a perseguire gli obiettivi della programmazione finanziaria, rispettando il limite delle risorse disponibili; a effettuare un bilanciamento tra tutti i valori costituzionalmente rilevanti, tenendo conto delle esigenze fondamentali di politica economica. Tra tante, Cfr., Corte Cost., sent. n. 99 del 1995 consultabile in *Giur. Cost.*, 1995, p. 816 e ss.

In particolar modo, l'art. 81 Cost. ultimo comma, sancendo che «ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte» individua una regola in grado di orientare le scelte di politica economica del Legislatore presente.

Secondo una lettura 'garantista'¹⁸³ offerta dalla dottrina minoritaria,¹⁸⁴ tale disposizione imporrebbe la realizzazione del pareggio reale del bilancio dello Stato ponendo il divieto di finanziamento della spesa pubblica con il ricorso all'indebitamento. Tale disposizione, cioè, sarebbe congegnata in modo tale da “ottenere il rispetto del suddetto divieto e l'allocazione ottimale delle risorse pubbliche disponibili. I due aspetti [sarebbero] strettamente legati, nel senso che il primo – il vincolo all'indebitamento – innesca il circolo virtuoso per la migliore allocazione delle risorse”¹⁸⁵

Una tale lettura, in realtà, è stata contraddetta proprio dalla pratica istituzionale dell'esperienza repubblicana che ha cercato, nel bene e nel male, di adattare l'art. 81 Cost., norma di per sé estremamente elastica, alle diverse stagioni della storia economico, politica e sociale del nostro Paese, arrivando - e la crisi finanziaria che l'Italia sta attraversando lo testimonia - a ricorrere con eccessiva disinvoltura all'indebitamento pubblico.

In ogni caso, tale norma esprime un principio fondamentale a garanzia della realizzazione, nell'attuazione di politiche sociali 'sostenibili', dell'equità non solo intragenerazionale ma anche intergenerazionale.

Questa apertura al futuro è stata evidenziata fin da subito dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 1 del 1966.¹⁸⁶ Per la prima volta, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione legislativa statale posta in violazione dell'art. 81, ultimo comma, Cost., facendo contestualmente chiarezza in merito all'estensione temporale della clausola sulla copertura finanziaria.

¹⁸³ Definita tale da N. LUPO, *Costituzione e bilancio. L'articolo 81 della Costituzione tra interpretazione, attuazione e aggiramento*..... Dello stesso autore, si richiama il commento all'art. 81 Cost. in A. CELOTTO (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, 2006.

¹⁸⁴ Tra tanti si richiama la tesi sostenuta da anche da G. DI GASPARE, *Diritto dell'Economia e dinamiche istituzionali*, Milano, 2003.

¹⁸⁵ Cfr. G. DI GASPARE, *op. cit.*, p. 102 e ss. Secondo tale autore, “costituendo l'indebitamento una spesa, non è possibile logicamente e giuridicamente ritenere che possa essere annoverato anche tra i mezzi e che si possa fare fronte alla spesa con altre spese, seppur strutturate in modo tale da spalmare il costo su più annualità di bilancio”. Ed ancora: “E' evidente che il pareggio reale del bilancio non esclude la possibilità che, con legge apposita, si autorizzi il tesoro a contrarre debiti, sempre però nel rispetto dell'art. 81 Cost., 4 comma che prevede che ogni altra legge che importi nuovi o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte. Tali mezzi non possono essere costituiti dall'indebitamento che si autorizza a contrarre, ma devono essere rappresentati da entrate reali con le quali si ritiene di dover far fronte all'indebitamento per l'effettiva durata.” (p.102).

¹⁸⁶ Consultabile in *Giur. Cost.*, 1996, p. 1 con commento di V. ONIDA, *Portata e limiti dell'obbligo di indicazione della “copertura” finanziaria nelle leggi che importano “nuove o maggiori spese”*, p. 4 e ss.

Il Giudice delle leggi ha affermato, infatti, la necessità che la copertura finanziaria si estenda anche agli esercizi futuri, in quanto la limitazione al solo esercizio in corso si sarebbe tradotta in una limitazione dello stesso obbligo della copertura finanziaria. Tale affermazione, però, è stata temperata dagli stessi giudici costituzionali i quali non hanno mancato di rilevare come tale obbligo va «osservato con puntualità rigorosa nei confronti di spese che incidono sopra un esercizio in corso», il cui bilancio sia stato già approvato dalle Camere, mentre «tale puntuale rigore non è richiesto dalla ratio della norma per gli esercizi futuri»,¹⁸⁷ dovendo così garantire, per gli esercizi futuri “un equilibrio ragionevole dei conti pubblici”¹⁸⁸.

Tale obbligo, dunque, anche in una prospettiva intertemporale, deve essere interpretato non tanto come «un obbligo di indicazione dei mezzi finanziari, ma... come obbligo di rispettare una procedura di decisione razionale e trasparente, attraverso cui applicare alcuni criteri di buona condotta finanziaria».¹⁸⁹

Strumenti poi sicuramente utile a garantire il ragionevole equilibrio in riferimento anche agli esercizi futuri è rappresentato dal ‘ciclo della quantificazione e copertura degli oneri finanziari’, introdotto dalla legge n. 468/1988. Si tratta di un procedimento, che opera *ex ante* rispetto all’effettiva erogazione della spesa¹⁹⁰, e specificatamente preordinato ad impedire la violazione e l’elusione dell’obbligo costituzionale ad opera del legislatore futuro. Con tale strumento si mira cioè a far sì che le previsioni finanziarie contenute nelle leggi di spesa (e di minor entrata) si avvicinino per quanto possibile all’onere fronteggiato nella realtà e a far sì che la copertura prefigurata sia sufficiente.

Infine, non si può non concordare con chi¹⁹¹, rinviene nei vincoli

¹⁸⁷ Come da più parti rilevato, tale orientamento non è stato in linea di massima mai disatteso successivamente. Più significativamente, Cfr. Corte Cost., sent. n. 384 del 1981 in cui la Corte afferma che “l’obbligo di una ragionevole e credibile indicazione dei mezzi copertura anche per gli anni successivi è diretto ad indurre il legislatore ordinario a tenere conto dell’esigenza di un equilibrio tendenziale tra entrate e spese la cui alterazione in quanto riflettentesi sull’indebitamento postuli una scelta legata ad un giudizio di compatibilità con tutti gli altri oneri già gravanti sugli esercizi futuri”. Così anche, Corte Cost. n. 25 del 1995. Per la ricostruzione giurisprudenziale, si rinvia a G. RIVISECCHI, op. cit. p. 479; S. BARTOLE, Art. 81 Cost. in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Cost.*, Bologna-Roma, 1979, p. 197 e ss.

¹⁸⁸ P.F. LOTTO, *L’obbligo di copertura della legge finanziaria in Parlamento e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 1993.

¹⁸⁹ Cfr. P.F. LOTTO, *L’obbligo cit.*, in *Quad. Cost.*, 1993.

¹⁹⁰ Ciò a differenza delle misure *ex post* - dirette ad operare anche in caso di spesa effettiva rivelatasi poi superiore alla quantificazione e alla copertura finanziaria - introdotte dal Legislatore con il D. Legge n. 194/2002 e poi convertito dalla Legge n. 246/2002 (il cosiddetto “Decreto taglia spese”). In merito, N. LUPO, art. 81, in R. BIFULCO, A. CELOTTO (a cura di) *Commentario alla Cost. cit.*, p.1579 e ss. Secondo il quale tali misure non hanno prodotto effetti particolari.

¹⁹¹ In particolar modo, G. RIVISECCHI, op. cit.

europei¹⁹²(quali il Protocollo n. 5 sulla procedura per i disavanzi eccessivi allegato al Trattato di Maastricht o il Patto di stabilità e crescita) posti alle politiche monetarie dei Paesi membri, strumenti per rafforzare l'affermazione degli equilibri intertemporali della spesa pubblica e per rafforzare quel dovere di responsabilità che la generazione presente deve tenere nei confronti di quelle future.

¹⁹² In tal senso, si condividono le considerazioni espresse da A. D'ALOIA in *Equilibrio finanziario e indirizzo politico cit.*, il quale sottolinea come i fattori che vanno a costituire la costituzione economica europea giochino un ruolo forte nel condizionare a monte il quadro delle risorse disponibili e come essi si siano radicati al punto da “diventare parte del sistema costituzionale (formale e sostanziale)”, finendo per “smuovere, ricavandone una legittimazione anche sul piano interno, significati e logiche sostanziali del disegno costituzionale come equilibrio mobile (e continuamente rideterminabile) tra interessi individuali di diversa natura, interessi collettivi, finalità solidaristiche e di giustizia sociale, come pure esigenze di stabilità economica e finanziaria”(p. 484). L'AUTORE arriva così in tale ambito ad individuare “un fenomeno di reciproca conformazione tra i due livelli ordinamentali, di un diritto costituzionale comune (e contemporaneamente statale e comunitario) dell'eguaglianza e del sistema economico-finanziario che costituisce un parametro unitario e complesso dell'indirizzo politico delle istituzioni a vario titolo rappresentative”. Questo processo, secondo N. LUPO, *Costituzione e bilancio cit.*, favorisce “una diversa ponderazione dei principi affermati dalla carta costituzionale italiana, per effetto della quale alcuni di essi, e in particolare l'art. 47 e art. 81, sino ad ora considerati ... come valori subordinati ad altri ... trovano una ricollocazione apicale, in quanto diventano supernorme costituzionali, con protezione internazionale non riformabili in peius se non previa rinegoziazione o rottura del trattato” (p.11).

L'evoluzione legislativa del sistema previdenziale e la sua progressiva razionalizzazione.

SOMMARIO: 1. Le riforme in materia previdenziale: la progressiva razionalizzazione del sistema pensionistico. Introduzione. – 2. Il quadro normativo fino agli anni '90. – 3. Gli interventi di razionalizzazione del sistema previdenziale degli anni '90. – 4. La Riforma Maroni: la Legge delega n. 432 del 2004, i decreti attuativi (Decreto Legislativo n. 252 del 2005; Decreto Legislativo n. 47 del 2006) e i correttivi introdotti con la Riforma Damiani (Legge n. 237 del 2007). Cenni. – 5. In particolare: la disciplina della previdenza complementare introdotta con Decreto Legislativo n. 252 del 2005.

1. Le riforme in materia previdenziale: la progressiva razionalizzazione del sistema pensionistico. Introduzione.

Le problematiche che affliggono oggi il sistema previdenziale italiano, specie con riguardo alla sostenibilità in tale settore dell'equità intergenerazionale, sono la conseguenza di scelte di politica distributiva che, nel lungo periodo, si sono rivelate errate. Da una parte, infatti, sono la diretta conseguenza di quell'ampia generosità che ha contraddistinto le politiche pensionistiche specie nella prima fase (dall'immediato dopo guerra alla fine degli anni '80); dall'altra, possono essere imputate al ritardo con cui il Legislatore italiano ha attuato gli interventi volti alla razionalizzazione effettiva del sistema previdenziale.

Guardando, con uno sguardo di insieme, all'evoluzione legislativa in ambito previdenziale si possono individuare così le diverse fasi, di più o meno marcata espansione, delle politiche pensionistiche.

2. Il quadro normativo fino agli anni '90.

La prima fase, che va dall'immediato dopo guerra fino agli anni '80 del secolo scorso, è caratterizzata da una forte espansione del sistema previdenziale.

Infatti, in tale periodo, la politica pensionistica è stata condotta, come osservato da una parte della dottrina¹⁹³, sulla base di tre direttrici tese a:

- garantire una graduale estensione della copertura previdenziale a tutte le categorie di lavoratori, compresi i lavoratori autonomi¹⁹⁴;
- creare una rete di protezione di base attraverso l'introduzione dell'istituto

¹⁹³ Cfr. M. FERRARA, *Le politiche sociali*, Bologna, 2001.

¹⁹⁴ Cfr. Legge n. 1047 del 1957 che ha esteso la copertura previdenziale ai lavoratori autonomi agricoli (coltivatori diretti, mezzadri e coloni); legge n. 463 del 1959 (che ha esteso la copertura previdenziale agli artigiani); legge n. 613 del 1966 (che ha esteso la copertura previdenziale ai commercianti)

dell'integrazione al minimo per le prestazioni previdenziali di importo inferiore ad una soglia prestabilita *ex lege* (Legge n. 218 del 1952) a cui ha fatto seguito l'introduzione della disciplina della pensione sociale, come strumento assistenziale (legge n. 153 del 1969);

- aumentare l'importo delle prestazioni previdenziali e rendere meno rigorose le condizioni di accesso ai diversi regimi previdenziali.

Con riguardo specifico alle condizioni di erogazione della pensione di vecchiaia, istituita, come noto, obbligatoriamente nel 1919, i requisiti di erogazione erano il raggiungimento di una determinata età anagrafica (55 anni per le donne, 60 per gli uomini) e di anzianità contributiva (15 anni). La pensione era calcolata con metodo contributivo, metodo che coesisteva con il sistema di gestione a capitalizzazione (e cioè, il lavoratore godeva di un trattamento pensionistico finanziato solo con i propri contributi).

Il primo intervento legislativo in materia pensionistica che va ad alterare la fisionomia di tale istituto è rappresentato dalla creazione, con D.lgs. lgt. n. 177 del 1945, di un fondo d'integrazione per le assicurazioni sociali, finanziato tramite contributi aggiuntivi sulle retribuzioni, con lo scopo di garantire livelli di adeguatezza delle pensioni più basse. Si trattava di un fondo retto sul sistema a ripartizione e introdotto per fronteggiare l'alto livello inflazionistico creatosi in conseguenza del II conflitto mondiale e, dunque, a garanzia del livello di adeguatezza dei singoli trattamenti previdenziali.

Tuttavia, solo nel 1969, il sistema previdenziale ha subito una sostanziale riforma. Infatti, secondo una parte della dottrina¹⁹⁵, la fisionomia del sistema pensionistico italiano (caratterizzato in particolar modo da requisiti legati alla corrispettività tra le prestazioni), sembrava rispecchiare l'assetto mutualistico-assicurativo passato. Un tale sistema non appariva in armonia con i principi sanciti a livello costituzionale (art. 2, 3, e 38 Cost.) sulle politiche di sicurezza sociale: come si è già avuto modo di osservare, dal dettato costituzionale emergeva la dimensione prettamente pubblicistica dell'istituto pensionistico, in quanto strumento di solidarietà sociale, finalizzato a garantire la liberazione dell'uomo dal bisogno.

Così, con legge n. 153 del 1969, il Legislatore, con l'intento di incrementare il livello delle prestazioni previdenziali, introduceva il diverso sistema di calcolo delle pensioni di tipo retributivo, in ragione del quale il *quantum* del trattamento

¹⁹⁵ Cfr. M. PERSIANI, *Il sistema cit.*, 1960.

pensionistico veniva determinato sulla base delle retribuzioni degli ultimi cinque anni di attività lavorativa. Introduceva altresì un diverso sistema di gestione: si passava dal sistema a capitalizzazione a quello a ripartizione, schema questo che andava a realizzare una solidarietà tra le diverse generazioni.

Il risultato ottenuto con questa prima riforma strutturale del sistema, fu altamente vantaggioso per i lavoratori, favoriti, per di più da un contesto economico e demografico positivo: da una parte, il *boom* economico che l'Italia stava attraversando creava le garanzie per il rapido accesso nel mercato del lavoro da parte di giovani lavoratori; dall'altra, l'andamento demografico di allora garantiva la sostenibilità nel tempo di un sistema pensionistico a ripartizione, ritenuto, in quelle condizioni, più equo socialmente e più solido finanziariamente.

Tutto ciò creava i presupposti per un sistema fortemente garantista. Sempre negli anni '60, venne introdotta la pensione di anzianità, 'un'anomalia' tipica del sistema italiano, in quanto erogata sulla base del raggiungimento dell'anzianità contributiva (35 anni), prescindendo dall'età anagrafica, che ha continuato a sovrapporsi all'istituto della pensione di vecchiaia e di cui, negli anni '70 e '80, molti lavoratori¹⁹⁶ hanno potuto godere (maturando, in ragione del loro rapido inserimento nella realtà lavorativa, prima l'anzianità contributiva richiesta per accedere a tale trattamento previdenziale).

Tutto ciò comportò la creazione di un sistema previdenziale “costoso, estremamente frammentato lungo le linee occupazionali con molti schemi differenti per le varie categorie”¹⁹⁷, in un contesto sociale, economico e politico che stava velocemente mutando.

La convivenza nel sistema previdenziale della pensione di anzianità e di vecchiaia, il più frequente accesso alla pensione di anzianità, la commistione tra previdenza e assistenza, l'abuso di pensioni di invalidità riconosciute come cumulabili con altri redditi, in un contesto in cui il *trend* demografico incominciava a non essere poi così favorevole e il livello dell'inflazione continuava a crescere, sono fattori che contribuirono a causare la crisi degli enti previdenziali: “diminuivano i contribuenti, mentre aumentavano i pensionati e per di più con ricche pensioni retributive da erogare per un periodo più lungo”¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Tenuto conto che, specie per il pubblico impiego erano previsti requisiti ancor più bassi, tanto da originare il fenomeno delle baby pensioni. Tale prestazione previdenziale era erogata sulla base del raggiungimento di un'anzianità contributiva pari a 20 anni.

¹⁹⁷ Così M. FERRARA, *op. cit.*, p. 78.

¹⁹⁸ Cfr. G. CIOCCA, *Il sistema pensionistico nell'evoluzione del welfare*, in P. OLIVELLI (a cura di), *A qualunque costo? Cit.* p. 268 e ss. La quale sottolinea come i lavoratori fossero spinti al pensionamento

Tutto ciò favorì il diffondersi, tra l'altro, di logiche assistenzialistiche; dissolvendosi così “...la capacità creativa che aveva fatto sorgere l'Italia nel dopoguerra e che aveva motivato le iniziative solidaristiche del passato: i cittadini si stavano trasformando in assistiti e lo Stato sociale in Stato assistenziale”¹⁹⁹.

Per tali motivi, già negli anni '80, le riforme previdenziali incominciarono ad essere oggetto di un acceso dibattito politico: si trattava di individuare interventi volti a ristabilire, in un momento di crisi di cui si stavano già avvertendo i primi segnali²⁰⁰, la sostenibilità finanziaria del sistema pensionistico italiano.

A causa anche dell'elevata frammentazione del sistema partitico italiano e a causa dell'instaurarsi di governi deboli, in tale decennio, si creò una situazione di stallo decisionale, non approdando così ad alcuna riforma strutturale del sistema previdenziale²⁰¹. Anzi, venne approvata la legge n. 233 del 1990, probabilmente l'ultimo provvedimento in senso espansivo del sistema previdenziale con cui si estendeva il metodo retributivo per il calcolo delle pensioni anche al settore dei lavoratori autonomi, senza però provvedere a modificare il prelievo contributivo che continuava ad essere inferiore rispetto a quello previsto per i lavoratori dipendenti.

Tuttavia, in tale periodo si arrivò a percepire la necessità e l'urgenza di riforme previdenziali: si trattava di razionalizzare il sistema pensionistico pubblico e di attuare, attraverso l'avvio della previdenza complementare, una diversificazione dei rischi che, nel medio-lungo periodo, avrebbero compromesso l'equità e la solidarietà intergenerazionale posta a fondamento del sistema di sicurezza sociale.

anticipato anche dal fatto che incominciavano a crearsi i presupposti per poter godere delle prime forme di previdenza aggiuntiva, integrativa a base aziendale o professionale. Inoltre, l'indennità di anzianità calcolata, prima della modifica intervenuta con legge n. 297 del 1982, moltiplicando l'ultima retribuzione per gli anni di servizio, ai sensi dell'art. 2120 cc garantiva “una ricca liquidazione”.

¹⁹⁹ Cfr. G. CIOCCA, *op. cit.* p. 270.

²⁰⁰ Come ricorda M. FERRARA, *op. cit.*, p. 81 e ss. le cause di tale crisi sono svariate: la debole crescita economica; un *trend* demografico poco favorevole; un aumento della spesa pubblica non bilanciato da un equivalente aumento delle entrate; la frammentazione normativa del sistema pensionistico; l'elevato livello delle prestazioni a fronte di requisiti contributivi troppo poco stringenti in una prospettiva comparata; l'assoluta inconsistenza dei pilastri complementari a capitalizzazione.

²⁰¹ Con esclusione della approvazione della Legge n. 222 del 1984 al fine di porre un freno all'erogazioni delle pensioni di invalidità e della Legge n. 88 del 1989 che mirava a separare la previdenza dall'assistenza, riformando la struttura interna dell'Inps.

3. Gli interventi di razionalizzazione del sistema previdenziale degli anni '90.

Con l'aggravarsi delle condizioni finanziarie del Paese²⁰², diventava sempre più pressante la necessità di introdotte riforme tese ad una netta razionalizzazione del sistema pensionistico.

Due esigenze ispiravano le riforme degli anni '90: da una parte, la necessità di razionalizzare il sistema previdenziale pubblico, al fine di garantire il contenimento della spesa pensionistica e l'armonizzazione normativa tra i diversi regimi pensionistici; dall'altra, la necessità di diversificare i rischi endogeni ed esogeni a cui il sistema previdenziale pubblico era soggetto, puntando alla realizzazione di un modello previdenziale, non più monopilastro, ma a più pilastri, dando avvio alla previdenza complementare basata su schemi a capitalizzazione.

Tali obiettivi, fissati nella Legge delega n.421/92 (Riforma Amato), sono stati raggiunti attraverso l'emanazione dei due decreti attuativi: il D. Lgs. n. 503 del 1992, e il D. Lgs. n. 124 del 93.

Con il D.lgs. n. 503 del 1992., il Governo andava a introdurre alcune importanti modifiche al sistema previdenziale pubblico, che pur manteneva l'impianto originale. Esso continuava, cioè, a essere retto sulla base della ripartizione dei costi e benefici tra generazioni diverse, mentre i trattamenti pensionistici continuavano ad essere calcolate con sistema retributivo.

L'obiettivo del contenimento della spesa pensionistica e' stato realizzato, viceversa, attraverso, innanzitutto, l'introduzione di un diverso calcolo delle pensioni. Quest'ultime, infatti, erano (e sono) calcolate prendendo, a riferimento, non più gli ultimi cinque anni di retribuzione bensì gli ultimi 10 anni, per tutti i lavoratori con almeno 15 anni di retribuzione mentre, per i lavoratori neo-assunti , si guardava all'intera vita lavorativa.

In secondo luogo, si prevedeva un innalzamento graduale di cinque anni (1 anno ogni 18 mesi) dell'età pensionabile, giunto a compimento nel 2000: l'età pensionabile per gli uomini fissato originariamente a 60 anni veniva innalzato a 65, mentre l'età pensionabile per le donne , da 55 anni veniva fissata a 60 anni.

In terzo luogo, il meccanismo d'indicizzazione delle pensioni all'aumento della retribuzione veniva sostituito con il meccanismo di indicizzazione delle stesse al tasso di inflazione e ciò con efficacia retroattiva e dunque applicabile anche alle

²⁰² L'Italia raggiungeva nel 1991 un deficit del 10,5 %, e un debito 108,4 % del PIL, mentre la spesa pubblica pensionistica arrivava, nel 1992 al 12,8 % del PIL.

pensioni percepite dai lavoratori già collocati a riposo, al fine di realizzare, così, nel breve periodo, un risparmio sulla spesa pensionistica.

In quarto luogo, venivano inaspriti i requisiti di accesso alle pensioni di anzianità, erogabile, con il sistema delle 'finestre' solo ai lavoratori che avessero raggiunto un'età anagrafica di 57 anni con 35 anni di anzianità contributiva. Inoltre, il Governo intendeva rendere più omogenea la disciplina della pensione di anzianità dei diversi regimi, compreso il regime del pubblico impiego.

Per quanto riguarda, infine, la pensione di vecchiaia, il periodo contributivo minimo per accedervi veniva portato da 15 a 20 anni, tanto per i lavoratori dipendenti, quanto per i lavoratori autonomi.

Con il decreto legislativo n. 124 del 1993 (oggi integralmente sostituito con il Decreto legislativo 252 del 2005), il Governo introduceva una prima disciplina della previdenza complementare a capitalizzazione, nell'intento di dare avvio alla previdenza complementare, tenuto conto del fatto che, già da tempo, a fronte dei primi segnali di crisi del sistema pensionistico, si incominciavano a diffondere, in condizioni di 'anomia' e in assenza di una disciplina organica, forme di previdenza integrativa, a livello per lo più aziendale a cui avevano accesso, di fatto, i lavoratori quali dirigenti e funzionari che presentassero una più elevata capacità di guadagno.

Si introduceva così una prima disciplina dei fondi chiusi o altrimenti detti negoziali e dei fondi aperti, il cui accesso veniva subordinato al godimento, da parte del lavoratore iscritto, di prestazioni previdenziali erogate dal sistema previdenziale obbligatorio.

Altra novità che si andava ad introdurre, riguardava la possibilità di devolvere il trattamento di fine rapporto, integralmente o in quota al fondo pensione (art. 8): da una parte ciò permetteva di godere di una pensione in grado di compensare le restrizioni di quella pubblica; dall'altra, però, si attuava una prima naturalizzazione del trattamento di fine rapporto. Nonostante anche le agevolazioni fiscali introdotte nel tempo (Legge n. 47 del 2000), solo oggi si assiste all'avvio della previdenza complementare.

Come è stato notato²⁰³, con il decreto legislativo n. 124 del 1993, la previdenza complementare incominciava ad assumere un ruolo di supplenza rispetto alla previdenza pubblica, con un grande cambiamento rispetto al passato. Infatti, in precedenza, i fondi pensione rappresentavano una forma di valorizzazione

²⁰³ G. CIOCCA, *op. cit.*

dell'esperienza di aggregazione fra lavoratori, della solidarietà collettiva tra gli stessi ed espressione della più ampia libertà di iniziativa del singolo.

Viceversa, la disciplina introdotta con tale Decreto (in particolare, sulla gestione del fondo, sul controllo del medesimo demandato alla Commissione di vigilanza), ha fatto sorgere, come si vedrà, dubbi circa il fondamento costituzionale della previdenza complementare che non si presenta più come forma di risparmio ai fini previdenziali da incentivare e tutelare ai sensi dell'art. 47 Cost. e art. 38 V comma, ma incomincia ad essere incardinata nello schema previdenziale pubblico e dunque a partecipare alla stessa funzione che ai sensi dell'art. 38 II comma la Costituzione riconosce alla previdenza pubblica.

L'opera di razionalizzazione del sistema pensionistico avviata nel 1992 è stata completata con la riforma Dini del 1995 introdotta con Legge n. 335 del 1995. Si tratta di una riforma sicuramente più strutturata e innovativa, anche per il metodo attraverso cui si giunti alla sua definizione.

Dini, infatti, ha fatto precedere all'emanazione di tale decreto, una fase di concertazione con le parti sociali e i sindacati rappresentativi dei lavoratori, dando seguito, in fase di emanazione, alle richieste da loro avanzate. Tanto che, in data 8 maggio 1995, veniva siglato un accordo formale tra sindacati dei lavoratori e Governo che, in riferimento alle riforme del sistema pubblico, muoveva verso tre direzioni: l'introduzione di un diverso metodo di calcolo delle prestazioni; l'introduzione di un diverso regime per la pensione di anzianità ed infine misure volte a favorire la gestione separata dell'assistenza dalla previdenza sociale.

Ed infatti, il primo cambiamento introdotto dalla Legge n. 335 dl 1995 è rappresentato dal passaggio del calcolo delle pensioni dal sistema retributivo a quello contributivo sia per le pensioni dei dipendenti pubblici e privati, sia per i lavoratori autonomi, operando così una prima effettiva armonizzazione tra la disciplina dei diversi regimi.

Con tale sistema, cioè, i contributi pagati dai singoli lavoratori sono 'virtualmente' accumulati in un conto individuale. Essi vengono poi rivalutati secondo la crescita media del PIL degli ultimi 5 anni e successivamente moltiplicati per un coefficiente di trasformazione che varia secondo l'età anagrafica del pensionato, tale da conseguire il massimo rendimento al raggiungimento della massima età pensionabile (65 anni).

La Legge Dini, poi, prevedeva l'obbligo di rivedere i coefficienti di trasformazione ogni 10 anni, al fine di consentire l'adeguamento di tale montante ai cambiamenti economici e demografici nel frattempo intervenuti.

L'altro principio che sembra aver ispirato la riforma Dini è quello della gradualità. Al fine di tutelare i diritti acquisiti o le posizioni giuridiche *in itinere*, veniva previsto che:

- per i lavoratori che avessero maturato un'anzianità contributiva pari o superiore a 18 anni, la pensione veniva calcolata con il sistema retributivo, secondo quanto previsto dalla precedente riforma;
- per i lavoratori con anzianità contributiva inferiore a 18 anni, la pensione veniva calcolata con sistema misto : per le somme maturate prima del 1995, si applicava il sistema retributivo, mentre per quelle maturate successivamente il sistema contributivo;
- infine per i neoassunti dopo il 1996, si sarebbe applicato unicamente il sistema contributivo.

Un'altra novità introdotta, riguardava l'età pensionabile: si abbandonava la diversificazione per generi, prevedendo un'unica età pensionabile flessibile (dai 57 ai 65 anni di età uguale tanto per gli uomini, quanto per le donne).

L'altro cambiamento è rappresentato dall'unificazione di tutti i tipi di pensione (di vecchiaia, di anzianità e di vecchiaia anticipata), in un unico trattamento previdenziale.

La pensione di anzianità veniva assorbita nella pensione di vecchiaia calcolata su base contributiva, mentre rimaneva autonomamente disciplinata in via transitoria attraverso la previsione di quattro 'finestre' d'uscita, prevedendo però che, il trattamento previdenziale potesse essere erogato al lavoratore dopo 40 anni di contribuzione a prescindere dall'età anagrafica.

La riforma Dini, ha garantito così una effettiva razionalizzazione del sistema previdenziale pubblico, attraverso la previsione di meccanismi volti a ridurre l'inequità intra e inter-generazionale e una disciplina che tendeva a contenere la frammentazione normativa dei diversi regimi previdenziali.

Con le modifiche successive, specie con la riforma Prodi, introdotta con la Legge n. 449 del 1997, vennero introdotte ulteriori misure di razionalizzazione del sistema previdenziale del settore pubblico (con riguardo in special modo all'istituto della pensione di anzianità); i contributi posti a carico dei lavoratori autonomi sono stati elevati; ed è stata sostituita la forma di indicizzazione delle pensioni più elevate.

Viceversa, per quanto riguarda la previdenza complementare, non si sono registrati cambiamenti significativi rispetto alla riforma Amato del 1992 se non sotto il profilo dell'utilizzo del trattamento di fine rapporto ai fini previdenziali e delle agevolazioni fiscali per l'accesso alla previdenza complementare previste con decreto legislativo n. 47 del 2000.

4. La Riforma Maroni: la legge delega n. 432 del 2004, i decreti attuativi e i correttivi introdotti con la Riforma Damiani (Legge n. 237 del 2007). Cenni²⁰⁴.

La riforma del sistema previdenziale pubblico introdotta con Legge delega n. 243 del 2004, si pone, da una parte, in una linea di tendenziale continuità rispetto agli interventi legislativi passati, in quanto volta, come i precedenti interventi, ad una razionalizzazione del sistema previdenziale pubblico; dall'altra, però, presenta elementi di novità che vanno destrutturizzare il sistema come costruito in passato. Anche per questo motivo, l'approvazione in Parlamento di tale riforma è stata complessa: sui contenuti del testo di legge infatti, la maggioranza di Governo era divisa, tanto che, per la sua approvazione, è stato necessario ricorrere al doppio voto di fiducia (in Senato, il 13 maggio 2004; alla Camera dei deputati il 28 luglio 2004).

Tra gli interventi più significativi introdotti dalla Legge n. 243 del 2004 possono essere ricordate le misure di incentivo economico al posticipo del pensionamento; l'ampliamento progressivo della possibilità di sommare periodi assicurativi presso enti diversi a cui è stata data attuazione con il decreto legislativo n. 42 del 2006, che ha dettato una nuova disciplina della totalizzazione dei periodi assicurativi.

Si è previsto l'introduzione della disciplina della previdenza complementare, allo scopo, per l'appunto, di sostenere e favorire lo sviluppo di fondi pensionistici privatistici (a cui è stata data attuazione con decreto legislativo n. 252 del 2005, che ha introdotto in particolare, la normativa sulla evoluzione del Tfr maturando alle forme pensionistiche complementari).

Altre misure volte a garanzia della sostenibilità nel tempo del sistema pensionistico, introdotte da tale provvedimento legislativo sono rappresentate dall'innalzamento dell'età pensionabile (fissata per le donne a 60 anni e per gli uomini a 65) da attuarsi secondo un sistema di certo non del tutto ispirato alla gradualità nell'attuazione delle riforme che incidono su situazioni giuridiche a

²⁰⁴ Si rinvia per la riforma della disciplina dell'età pensionabile al capitolo IV.

fattispecie progressive. Infatti, secondo il sistema cosiddetto dello scalone, si prevedeva la possibilità di andare in pensione con un'anzianità contributiva di 35 anni, e il raggiungimento di 60 anni nel 2008 e, a regime (nel 2014), di 62 anni per i lavoratori dipendenti e 63 anni per quelli autonomi.

Sono stati poi inaspriti i requisiti per il conseguimento delle pensioni di anzianità, anche in questo caso con il sistema dello scalone; sono state ridotte a due le attuali quattro finestre, cioè le decorrenze utili per percepire la pensione di anzianità da parte di chi aveva già raggiunto i requisiti previsti.

La riforma così introdotta sarebbe dovuta entrare in vigore definitivamente il 1° gennaio 2008. Cosa che non è accaduto, in quanto a seguito delle elezioni del 2006, la nuova maggioranza di centro sinistra metteva in discussione alcuni meccanismi della riforma in precedenza varata.

Come per la riforma Dini introdotta nel 1995, anche il Governo Prodi ha fatto precedere l'introduzione dei correttivi apportati alla riforma pensionistica del 2004 da una lunga concertazione con le parti sociali che è terminata con la stipula del Protocollo d'intesa su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibile, firmata il 23 luglio del 2007 e che muoveva su quattro direttrici: la modifica del sistema dello scalone con un sistema più graduale, a quote (risultanti dalla combinazione tra anzianità contributiva e età anagrafica); la possibilità di differire la decorrenza dei requisiti anagrafici previsti dal 1° gennaio 2013, qualora da verifiche sulla situazione finanziaria risultassero raggiunti i risultati programmati; la revisione delle finestre pensionistiche (ritornando a quattro finestre di uscita); ed infine, l'adeguamento dei coefficienti di trasformazione, al fine di garantire l'equilibrio finanziario dell'intero sistema pensionistico.

A tale Protocollo è stata data attuazione con Legge n. 247 del 2007 che ha introdotto altresì un diverso regime della perequazione automatica delle pensioni, con l'esclusione dell'operatività di tale meccanismo per le pensioni privilegiate; una normativa *ad hoc* per i lavoratori occupati in lavori usuranti; l'applicazione di un contributo di solidarietà limitato nell'ammontare e nella durata a carico di soggetti che beneficino di trattamenti più favorevoli.

Per quanto riguarda i coefficienti di trasformazione, si prevede un abbassamento della periodicità di revisione degli stessi: la loro rideterminazione, infatti, non è più prevista ogni 10 anni come fissato originariamente dalla legge n. 335 del 1995, ma è prevista ogni 3 anni (art. 1, comma 15). Si tratta di un meccanismo estremamente importante per il calcolo contributivo delle pensioni. Esso fa sì che la somma

maturata a titolo di contributi in tutta la vita lavorativa, adeguatamente rivalutata in ragione della perdita del potere di acquisto della moneta, si converta nell'effettivo importo delle pensioni spettante. A tal fine è prevista l'istituzione di una Commissione di esperti con il compito di introdurre modifiche dei criteri di calcolo dei coefficienti stessi, tenendo conto degli andamenti della spesa pensionistica di lungo periodo; delle dinamiche demografiche, migratorie e delle grandezze macroeconomiche; dei percorsi lavorativi e del rapporto intercorrente tra l'età media attesa di vita e quella dei singoli settori di attività.

La Legge, infine, interviene anche sulle misure previdenziali previste per i giovani lavoratori, in particolar modo sulla totalizzazione e sul riscatto.

L'istituto della totalizzazione, introdotto con Legge n. 388 del 2000 è oggi disciplinato con Decreto Legislativo n. 42 del 2006 come modificato dalla legge n. 247 del 2007. La totalizzazione è lo strumento previdenziale che permette agli iscritti a due o più forme di assicurazione previdenziale obbligatoria, che non siano già titolari di trattamento pensionistico autonomo presso una delle due gestioni, la facoltà di cumulare i periodi assicurativi non coincidenti, al fine di conseguire un'unica pensione. Si tratta dunque di uno strumento importante per tutti i lavoratori, che svolgono attività diverse e in modo discontinuo i quali si trovano a versare diversi spezzoni contributivi in diverse gestioni pensionistiche, senza che in nessuna di essa, si siano realizzati i requisiti per il diritto alla pensione.

Con Decreto legge n. 81 del 2007 convertito in Legge n. 127 del 2007 è stato creato un Fondo volto a finanziare misure di sostegno, agevolazione al fine di migliorare la misura dei trattamenti previdenziali pensionistici. La totalizzazione è subordinata a determinate condizioni: il soggetto interessato deva aver compiuto 65 anni di età e deve avere maturato un'anzianità contributiva di 20 anni; la richiesta di totalizzazione deve riguardare tutti i periodi assicurativi da cumulare; il lavoratore deve aver maturato presso ciascuna gestione un'anzianità contributiva di almeno tre anni. Ciascuna gestione determina il trattamento proquota in rapporto ai rispettivi periodi di assicurazione, mentre il pagamento delle rate liquidate da ciascuna gestione è effettuato unitariamente dall'Inps.

Per quanto riguarda invece l'istituto del riscatto, ovvero la facoltà del singolo lavoratore di regolarizzare dal punto di vista assicurativo, a proprie spese, periodi lavorativi o i periodi di studio, non coperti da contribuzione. La legge n. 247/07, proprio per agevolare i giovani lavoratori, ha introdotto, da una parte, la possibilità

di rateizzazione senza interessi in 120 rate (10 anni), (in luogo delle precedenti 60 rate), dall'altra, la facoltà di versare l'intera somma in un'unica soluzione.

L'altra novità introdotta è rappresentata dal riconoscimento dell'esercizio della facoltà di riscattare periodi di studio anche a favore di soggetti che non sono ancora assicurati presso un regime previdenziale obbligatorio in quanto non ancora occupati. L'onere di questo tipo di riscatto è costituito dal versamento di un contributo, per ogni anno da riscattare, determinato in misura pari alla retribuzione minima imponibile, moltiplicata per l'aliquota di computo delle prestazioni pensionistiche dell'assicurazione generale obbligatoria per i lavoratori dipendenti. Il contributo è deducibile fiscalmente dall'interessato oppure messo in detrazione d'imposta nel limite del 19%, da parte dei soggetti di cui l'interessato risulti fiscalmente a carico.

Ancora è presto per verificare gli effetti positivi o meno della nuova disciplina. Sicuramente, la rivalutazione dei coefficienti di trasformazione, le misure introdotte per favorire l'accesso a istituti previdenziali estremamente 'costosi' (come appunto è il riscatto) o la nuova disciplina dell'istituto della totalizzazione, rappresentano degli strumenti previdenziali certamente adeguati alla realtà sociale in trasformazione e segnali positivi di adeguamento del sistema previdenziale rispetto una realtà lavorativa sempre più flessibile.

5. In particolare: la disciplina della previdenza complementare introdotta con Decreto Legislativo n. 252 del 2005.

Come è stato già affermato, la possibilità di costituire forme volontarie di previdenza è risalente nel tempo; forme di previdenza integrativa, a livello per lo più aziendale, incominciavano a diffondersi anche prima degli anni '90.

Pertanto, l'emanazione del Decreto legislativo n. 124 del 1993 (oggi abrogato pressoché integralmente dal Decreto legislativo n. 252 del 2005) era diretto a dettare una disciplina uniforme di una realtà che ormai incominciava a diffondersi. Inoltre, la scelta di puntare sulla previdenza complementare in un momento di crisi dello Stato sociale, presentava svariati vantaggi.

Prima di tutto in ragione della possibilità nel medio e lungo periodo di neutralizzare i rischi a cui è esposto il sistema a ripartizione: i fondi pensioni che la

Riforma Amato disciplinava erano (e sono) gestiti con uno schema a capitalizzazione (e cioè alimentati con i contributi che ciascun lavoratore versa e che vengono accumulati, rivalutati e finalizzati alla tutela previdenziale dello stesso lavoratore).

In secondo luogo, tali fondi possono rappresentare importanti strumenti di intermediazione finanziaria del mercato mobiliare e veicoli di investimento nei settori produttivi e quindi sono in grado di concorrere al rilancio dell'attività produttive e indirettamente dell'occupazione²⁰⁵.

In terzo luogo, l'incardinamento della previdenza complementare nel sistema pubblico offre garanzie di sostenibilità del sistema di base: permette di ridurre le aliquote e dunque gli oneri che gravano sulla spesa pubblica e di 'ammortizzare' il *deficit* del sistema previdenziale di base.

Inoltre, la costruzione multipilastro su cui regge il sistema previdenziale permette altresì di 'neutralizzare' i rischi cui è esposto, invece, il sistema di previdenza privata e cioè l'incidenza su di essa dell'andamento dei mercati finanziari.

Viceversa, gli svantaggi del 'nuovo' modello di tutela previdenziale sono di tre tipi.

Il primo è che l'accesso alla previdenza complementare, per chi ne voglia usufruire, presuppone comunque una più o meno elevata capacità finanziaria del singolo lavoratore per i costi aggiuntivi che dovrà sostenere per attivare e realizzare tale tutela.

Il secondo, come sottolineato da una parte della dottrina, è rappresentata dall'indebolimento del carattere solidaristico che da sempre contraddistingue il sistema previdenziale in ragione del fatto che il trattamento pensionistico complementare spettante a ciascun iscritto "*non è destinato a rappresentare altro che la rendita degli apporti a lui stesso imputabili*"²⁰⁶, con la conseguenza che risulta estranea a tale forma previdenziale la logica distributiva della ricchezza tra gli iscritti la fondo.

Tale constatazione è fortemente condivisibile, se si guarda ai soli rapporti intragenerazionali. La prospettiva è, invece, diversa se si considera che la previdenza complementare, come si avrà modo di specificare nel capitolo IV, risulta esser funzionalizzata alla previdenza di base: pertanto, l'indebolimento della funzione di giustizia distributiva intragenerazionale, connaturale agli istituti previdenziali, appare necessaria per garantire, nel tempo la sostenibilità della solidarietà intergenerazionale

²⁰⁵ Così M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2008.

²⁰⁶ Così M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2008.

che continua a caratterizzare quantomeno la previdenza di base.

Infine, l'ultimo svantaggio, in realtà di natura transitoria, è rappresentato dal fatto, che i lavoratori attuali dovranno farsi carico degli oneri della transizione verso un sistema previdenziale effettivamente multipilastro, versando i contributi per garantire i trattamenti previdenziali dei loro padri, ma anche versando i contributi che andranno ad alimentare i fondi pensioni.

La disciplina legislativa della previdenza complementare è oggi contenuta nel Decreto Legislativo 252 del 2005, entrato in vigore il primo gennaio del 2007 che, come è stato già detto, ha sostituito la disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 124 del 1993, ma che, nonostante ciò, si pone in una linea di continuità con detto provvedimento.

Innanzitutto, la riforma conferma il ruolo *'ancillare'* della previdenza complementare rispetto alla previdenza di base: suo scopo infatti, come espressamente sancito all'art. 1, è quello di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale.

In secondo luogo, come era già stabilito dal decreto legislativo n. 124 del 1993, il sistema di previdenza privata continua a essere retto sul principio della *volontarietà dell'adesione* del lavoratore al fondo pensionistico. Si tratta di un aspetto che, come si avrà modo di vedere in seguito, ha aperto un vivace dibattito della dottrina in merito alla dimensione costituzionale della previdenza complementare, in particolare in merito alla tutela costituzionale di tale istituto ai sensi dell'art. 38 V comma Cost. piuttosto che ai sensi dell'art. 38 II comma Cost..

Per quanto riguarda *i destinatari* si può certo dire che si amplia la platea dei lavoratori che potranno avere accesso a tale forma di tutela previdenziale. Il presupposto è che si tratti comunque di lavoratori che siano già destinatari di un regime previdenziale di base. L'art. 2 prevede che a fondi di previdenza complementare abbiano accesso i lavoratori dipendenti, sia privati sia pubblici²⁰⁷, compresi i lavoratori *'atipici'* assunti, cioè, in base alle tipologie contrattuali previste dalla riforma Biagi; i lavoratori autonomi e i liberi professionisti, purchè destinatari di una tutela previdenziale di base; i soci lavoratori di cooperative, ei dipendenti dalle stesse. A tale elenco si aggiungono, ai sensi dell'art. 1, 82° comma della

²⁰⁷ Ai sensi dell'art. 23, comma 6, D. legisl. 252 del 2005, però, è previsto che, per i dipendenti del settore pubblico, continui a essere applicata la previdente disciplina dettata dal Decreto Legislativo n. 124 del 1993, in attesa di un provvedimento *ad hoc* ad oggi non ancora emanato. Per le cause di una tale distinzione si rinvia a M. CINELLI, op. cit., p. 598 e ss.

legge n. 247 del 2007, le persone che svolgono lavori di cura non retribuiti, derivanti da responsabilità familiari.

Lo stesso articolo, però, opera una distinzione. Vale a dire che: mentre per i lavoratori autonomi e i liberi professionisti è prevista la possibilità di scegliere di aderire a fondi a contribuzione definita (e cioè fondi in cui il livello della contribuzione è predeterminato in cifra fissa o in percentuale alla retribuzione, mentre l'entità della pensione viene quantificata solo al momento del pensionamento) o a prestazione definita (e cioè fondi in cui è predeterminata l'entità del trattamento pensionistico, mentre il livello di contribuzione varia nel tempo) per i lavoratori dipendenti è prevista solo la possibilità di aderire a questa seconda categoria di fondi. Una tale differenza è spiegabile in ragione della variabilità degli apporti contributivi che mal si adatterebbero ai soggetti che ricavano dalla propria attività un reddito fisso²⁰⁸.

Nonostante le 'buone' intenzioni che emergono dalla lettura di tale articolo, si deve sottolineare che, in realtà, l'accesso a tali fondi resta di fatto preclusa ai lavoratori 'atipici' in condizioni di bassa retribuzione, in ragione del fatto che la volontaria adesione a tali fondi richiede comunque l'impiego di risorse aggiuntive rispetto a quelle assorbite dal regime di base.

Per quanto riguarda la *struttura e la natura dei fondi*, questi si distinguono in:

- fondi chiusi negoziali, la cui disciplina rimane quella introdotta con decreto legislativo n. 124 del 1993, istituiti principalmente con accordi collettivi stipulati tra rappresentanti dei datori di lavoro e sindacati dei lavoratori, con trattative svolte in sede nazionale o anche solo a livello aziendale od anche a livello territoriale, regionale . Tali fondi sono accessibili solo a determinate categorie di lavoratori;

- fondi aperti (art. 12) a cui può aderire ciascun lavoratore, senza vincoli di appartenenza professionale . Tali fondi sono istituiti su iniziativa degli intermediari espressamente e tassativamente indicati dalla legge: Sim, banche, assicurazioni, società di gestione di fondi comuni di investimento.aziendale, categoriale.

A tali fondi, sono equiparati i fondi individuali²⁰⁹ (III pilastro), a cui il lavoratore

²⁰⁸ Così, M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2008, p. 287.

²⁰⁹ Sulla distinzione ed equiparazione di tali fondi, Cfr. M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Padova, 2008; A. TURSI, *La previdenza pensionistica privata: forme complementari e forme individuali* in RDSS, 2002, p. 111 e ss.; M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in ADL, 2001, p. 715 e ss.. Sulla distinzione delle diverse tipologie di fondi, si veda anche M. BESSONE, *Fondi pensione chiusi. Le regole di organizzazione e l'attività degli amministratori.*, in ADL, 2001, p. 743 e ss.; G. AMATO, M. MARÈ, *Il gioco delle pensioni, op. già cit.*; R. CESARI, *Tfr e fondi*

può aderire, in alternativa a un fondo aperto, mediante la stipulazione di contratti di assicurazione sulla vita, con imprese di assicurazioni, autorizzate dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private (ISVAP) ad operare nel territorio dello Stato o quivi operanti in regime di stabilimento o di prestazioni di servizi (art. 13).

Accanto a tali fondi, il decreto disciplina, ampliandone i poteri, i fondi territoriali, istituiti o promossi dalle Regioni (che in quanto territoriali non possono che essere intercategoriale). Ciò non deve stupire. In parte, tale disciplina conferma una tendenza che già in precedenza incominciava a delinearsi; inoltre essa è l'espressione di quanto sancito ai sensi dell'art. 117 Cost. III comma, che rimette alla potestà concorrente Stato e Regione la materia della previdenza complementare e integrativa (con i limiti e i dubbi precisati nel capitolo IV).

Sull'istituzione e gestione del fondo, vigila la Commissione di vigilanza sui fondi pensioni che autorizza la costituzione dei fondi e vigila sulla correttezza dell'operare dei fondi.

Per quanto riguarda invece il *regime delle prestazioni*, esso trova una disciplina all'art. 11, innanzitutto, l'acquisto del diritto alla prestazione pensionistica al momento della maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni erogate dal regime obbligatorio di appartenenza. E' prevista altresì un limite temporale: devono essere trascorsi almeno cinque anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari.

A tutela dei lavoratori disoccupati, è prevista che, in caso di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo superiore a 48 mesi, le prestazioni pensionistiche siano, su richiesta dell'aderente, consentite con un anticipo massimo di cinque anni rispetto ai requisiti per l'accesso alle prestazioni nel regime obbligatorio di appartenenza (art. 11 comma 4°).

Inoltre, il regime delle prestazioni dei fondi pensioni presenta delle peculiarità proprie che da una parte lo distinguono dalla forma previdenziale di base, dall'altra presentano affinità con la disciplina prevista per il Trattamento di fine rapporto che, come si vedrà, oggi è utilizzato come fonte di finanziamento principale di tali fondi.

Una differenza rispetto alla disciplina della previdenza obbligatoria di base, è riscontrabile, infatti, in quanto sancito dal comma 3 dell'art. 11: si prevede che le prestazioni pensionistiche in regime di contribuzione definita e di prestazione definita possono essere erogate in capitale, secondo il valore attuale, fino ad un

pensioni, Bologna, 2007. Per una diversa lettura della previdenza complementare distinta dalla previdenza integrativa, Cfr. G. CIOCCA, *op. cit.*

massimo del 50 per cento del montante finale accumulato, e in rendita.

Si prevede, altresì, al comma 5 dell'art. 11, che, in caso di morte del titolare della prestazione pensionistica, sia restituita, ai beneficiari dallo stesso indicati, il montante residuo o, in alternativa, sia erogata ai medesimi di una rendita calcolata in base al montante residuale. Inoltre è previsto in caso di morte dell'iscritto al fondo prima della maturazione del diritto alla pensione, il riscatto da parte dei beneficiari da questo indicato: si guarda cioè ai familiari e non agli eredi.

Viceversa, in modo analogo a quanto previsto per il trattamento di fine rapporto, è prevista la possibilità per l'iscritto, ad eccezione dei pubblici dipendenti (i quali necessitano a tal fine di una espressa previsione della contrattazione collettiva di comparto) di richiedere un'anticipazione della posizione individuale maturata (art. 11 comma 7°):

- in qualsiasi momento, per un importo non superiore al 75 per cento, per spese sanitarie a seguito di gravissime situazioni relative a sè, al coniuge e ai figli per terapie e interventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche;
- decorsi otto anni di iscrizione, per un importo non superiore al 75 per cento, per l'acquisto della prima casa di abitazione per sè o per i figli;
- decorsi otto anni di iscrizione, per un importo non superiore al 30 per cento, per ulteriori esigenze degli aderenti.

A tali finalità, si aggiunge quanto stabilito dall'art. 7 della legge n. 53 del 2000, che consente forme di anticipazione per le spese che l'iscritto deve sostenere durante i periodi di fruizione dei congedi per la formazione.

Inoltre, le prestazioni di previdenza complementare sono sottoposte ai limiti di cedibilità pignorabilità e sequestrabilità previste per i trattamenti pensionistici di base (art. 10, comma 11°).

La disciplina invece delle *agevolazioni fiscali* della previdenza previdenziale è dettata da Decreto legislativo n. 47 del 2000, come modificato dalla Legge n. 243 del 2004 che prevede una forma di detassazione della contribuzione ai fondi pensioni, con rinvio della corrispondente tassazione del reddito accantonato per finalità previdenziali complementari al momento del suo godimento.

Sull'assetto finanziario del fondo incide la *contribuzione di solidarietà*. Sulla base di quanto affermato in materia dalla Corte costituzionale, la quale pur dichiarando l'illegittimità costituzionale di tale contribuzione²¹⁰ (sent. n. 427 del 1990) ha pur

²¹⁰ Cfr. Capitolo IV.

riscontrato che consentire che il finanziamento della previdenza complementare , soprattutto se alimentata da redditi medio-alti, sia interamente esentato da contribuzioni alla previdenza pubblica, rappresenti una violazione del principio di solidarietà.

Così, il Legislatore è intervenuto, escludendo dalla base imponibile per la contribuzione obbligatoria le somme versate per le prestazioni di previdenza complementare, ma contestualmente ha istituito ai sensi dell'art. 9 bis Legge n. 166 del 1991, “un contributo di solidarietà ad esclusivo carico dei datori di lavoro, nella misura del 10 % in favore delle gestioni pensionistiche di legge cui sono iscritti i lavoratori”. In realtà, se quanto stabilito dalla Corte costituzionale va dimostrare ‘il vincolo di destinazione’ della previdenza complementare rispetto alla previdenza obbligatoria e dunque la sua disciplina costituzionale ai sensi dell'art. 38 II comma e non V comma, l'intervento del Legislatore è apparso alquanto ‘modesto’ in quanto, configura “*un tipo di vincolo solidaristico chiuso all'interno della categoria e dunque di valenza molto contenuta ed ambigua*”²¹¹.

Sicuramente, l'aspetto più interessante è rappresentato dalle *forme di finanziamento* dei diversi fondi pensione, come previste dall'art. 8 di tale Decreto, il quale al primo comma, che il finanziamento grava solo sui destinatari e sul datore di lavoro. L'entità della contribuzione può essere determinata liberamente dal lavoratore, nel rispetto però dei limiti minimi previsti dai contratti e dagli accordi collettivi, anche aziendali.

Ma soprattutto si prevede la destinazione ai fini previdenziali del *Trattamento di fine rapporto*.

Si tratta di un aspetto essenziale, in quanto da una parte, proprio l'utilizzo delle somme accantonate come Tfr permette il decollo della previdenza complementare; dall'altra, si dovrebbe presentare vantaggiosa, nel tempo, per i singoli lavoratori e per l'intera collettività.

La disciplina che fissa le modalità del versamento Tfr in fondi pensionistici è contenuta all' art.8, il quale regola innanzitutto le modalità attraverso cui il lavoratore può manifestare la volontà di devolvere il Tfr in tali fondi, prevedendo che tale scelta sia effettuata:

²¹¹ Così, M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2008, p. 587. Per la ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di contribuzione di solidarietà si rinvia a F. MIANI CANEVARI, *Costituzione e protezione sociale. il sistema previdenziale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2006.

- in modo esplicito. Il lavoratore può manifestare la volontà, entro sei mesi dalla data di prima assunzione, di devolvere l'intero importo del TFR maturando ad una forma di previdenza complementare dallo stesso prescelta, o in alternativa di mantenere il TFR maturando presso il proprio datore di lavoro, con la possibilità di poter revocare tale successivamente. In questo secondo caso, , per imprese con meno di 50 dipendenti, nulla cambia; viceversa, per le imprese con più di 50 dipendenti, il trattamento di fine rapporto sarà suddiviso, in ragione del fatto che dal 2007 gli accantonamenti devono essere trasferiti al Fondo, istituito presso l'Inps con Decreto ministeriale n. 26 del 2007;

- in modo tacito, secondo il meccanismo del consenso tacito. Val a dire che se il lavoratore , nei sei mesi dall'assunzione, non esprime alcuna volontà, il datore di lavoro trasferisce il Tfr maturando dei dipendenti alla forma pensionistica collettiva prevista dagli accordi o contratti collettivi, anche territoriali, salvo sia intervenuto un diverso accordo aziendale che, comunque, deve essere notificato dal datore di lavoro al lavoratore, in modo diretto e personale. In mancanza, il datore di lavoro trasferisce il Tfr maturando alla forma pensionistica complementare istituita presso Inps.

A tutela e a garanzia del singolo lavoratore, si prevede che prima del decorso dei sei mesi, il datore di lavoro debba fornire al lavoratore adeguate informazioni sulle diverse scelte disponibili. Trenta giorni prima della scadenza dei sei mesi utili ai fini del conferimento del TFR maturando, il lavoratore che non abbia ancora manifestato alcuna volontà deve ricevere dal datore di lavoro le necessarie informazioni relative alla forma pensionistica complementare verso la quale il TFR maturando è destinato alla scadenza del semestre.

Parallelamente alla disciplina così introdotta, con la Legge finanziaria del 2006, è stato introdotto un meccanismo che permette di stornare una quota del Tfr dal sistema delle imprese del settore pubblico: tale risorse , versate presso il Fondo istituito presso l'Inps per conto dello Stato, saranno destinate per il finanziamento di interventi di carattere sociale.

Di certo, la regola del consenso tacito di devoluzione del Tfr ai fondi pensioni non ha mancato di suscitare qualche perplessità.

Da una parte, infatti, come parte della dottrina non ha mancato di sottolineare, la previdenza complementare continua a reggersi sulla libera iniziativa del singolo. Con la conseguenza che diverrebbe difficile reinvenire, nell'art. 38 II comma, il fondamento costituzionale di tale forma di tutela previdenziale.

Dall'altra però, proprio il meccanismo del consenso - tacito rappresenterebbe una sorta di 'via italiana' per affrontare, in modo graduale, la crisi dello Stato sociale e le trasformazioni del sistema previdenziale italiano, tutt'oggi in atto. Tale meccanismo, cioè, lascerebbe presagire, il futuro della previdenza sociale: non verso una privatizzazione del sistema sociale, ma verso l'assorbimento integrale di forme di previdenza privata nella dimensione pubblica, attraverso "*la conversione della previdenza complementare in forma di tutela obbligatoria*"²¹², per le finalità di cui all'art. 38, II comma Cost.

Infine, la disciplina della contribuzione di solidarietà, la gestione delle risorse accantonate nel Fondo *Inps* ed utilizzate per realizzare interventi socialmente utili, sembrerebbero strumenti di giustizia redistributiva in grado di recuperare l'impronta solidaristica che è connaturale ad ogni sistema previdenziale ed offuscata da forme previdenziali a capitalizzazione. Si tratta, come più volte osservato da M. CINELLI e S. GIUBBONI, di un primo tentativo di realizzare quel giusto bilanciamento tra valori in passato contrapposti: solidarietà sociale e mercato²¹³.

²¹² M. CINELLI, *Diritto della prev. cit.* 2008, p. 604.

²¹³ M. CINELLI, *Diritto della prev. cit.* 2008, p. 604. M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Torino, 2005, in particolare, p. 69 e ss.

SEZIONE III

La Corte costituzionale quale “giudice di opportunità”.

L'incidenza dell'equilibrio finanziario nelle e sulle decisioni della Corte costituzionale.

SOMMARIO. 1. Introduzione. La Corte costituzionale quale *giudice di opportunità*²¹⁴ e la previdenza sociale. – 2. Il condizionamento dell'equilibrio finanziario sul contenuto delle decisioni della Corte costituzionali. – 2.1. Sul concetto di adeguatezza del trattamento pensionistico. – 2.2. La garanzia dell'effettività dell'adeguatezza dei trattamenti pensionistici: la perequazione automatica del trattamenti. – 3. Dalla limitata applicabilità della teoria dei diritti quesiti in materia previdenziale alla ragionevolezza di riforme pensionistiche *in pejus*: Un possibile ‘appiglio’ per fondare una teoria sulla equità intergenerazionale? L'orientamento della Corte costituzionale. – 3.1. Il dibattito dottrinale in merito all'intangibilità diritti previdenziali quesiti. – 3.2. Leggi retroattive in materia previdenziale e principio di affidamento dei cittadini nella certezza del diritto. Cenni. – 3.3. L'irrelevanza, nella giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale della distinzione tra leggi innovative e leggi interpretative autentiche. Cenni. – 3.4. Diritti previdenziali quesiti, esigenza di salvaguardare l'equilibrio finanziario e *reformatio in pejus*. L'orientamento della Corte costituzionale. – 4. Equilibrio finanziario e tecniche decisorie della Corte costituzionale. Un breve *excursus*. – 4.1. Le sentenze che costano: aspetti problematici del rapporto tra sindacato di legittimità e art. 81, quarto comma, Cost. – 4.2. Le alternative alle sentenze che costano. – 4.2.1. Le decisioni di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”. – 4.2.2. Le decisioni di costituzionalità provvisoria, di incostituzionalità sopravvenuta o differita. – 4.2.3. Intervento bifasico di autoremissione. – 4.2.4. Le sentenze additive di principio, in una prospettiva diacronica. – 5. I diversi modi di ‘declinare’ la ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale. – 5.1. La non iniquità, in una prospettiva temporale, del ragionevole bilanciamento tra diritti sociali e risorse finanziarie disponibili. – 5.1.2. Il contenuto minimo essenziale del diritto alla pensione. – 5.1.3. Il principio di gradualità nell'attuazione delle riforme pensionistiche, quale meccanismo di garanzia dell'equità intergenerazionale in materia pensionistica.

1. Introduzione. La Corte costituzionale quale “giudice di opportunità” e la previdenza sociale.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale rappresenta senza ombra di dubbio un bel banco di prova per valutare sia l'incidenza dell'equilibrio finanziario sulle decisioni del Giudice delle Leggi sia il ruolo che quest'ultimo ha esercitato nella definizione dello Stato Sociale.

Tale analisi, però, non è semplice.

Prima di tutto perchè oggetto di giudizio di legittimità costituzionale è una normativa assai frammentata e stratificata nel tempo.

In secondo luogo, perchè le decisioni della Corte costituzionale in materia previdenziale appaiono fortemente legate al caso concreto posto innanzi ai giudici a

²¹⁴ Secondo l'efficace definizione delineata da N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di opportunità* in ID. (A cura di) *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984 p. 1 e ss. Più recentemente, N. OCCHIOCUPO, *La Corte Costituzionale: “esigenza intrinseca” della Costituzione repubblicana*, in S. LABRIOLA (a cura di) *Valori e principi del regime repubblicano*, Vol. 3 (*Legalità e Garanzie*), Bari- Roma, 2006, p. 461 e ss.

quibus, con la conseguenza che ci si trova di fronte ad una giurisprudenza estremamente ‘tecnica’ e ‘casistica’.

In terzo luogo perchè, in materia previdenziale, l'orientamento giurisprudenziale appare del tutto ‘ondivago’. I giudici costituzionali, cioè, hanno manifestato nel tempo un atteggiamento dinamico, riconducibile *in primis* alla stessa elasticità dell'art. 38 Cost.

Più volte, infatti, si è avuto modo di affermare che l'art. 38 Cost. incarna un modello di sicurezza sociale ‘aperto’, plasmabile nel tempo dal Legislatore, il quale, in relazione al contesto socio-economico del Paese, finisce per condizionare, non tanto l'esistenza del diritto ad un trattamento previdenziale, quanto piuttosto le garanzie della sua effettività.

Nonostante ciò, però, analizzando da una prospettiva diacronica tale giurisprudenza, si possono comunque individuare due costanti.

La prima è rappresentata dall'incessante dialogo intercorso tra Legislatore e Corte costituzionale che, a secondo delle fasi di espansione o recessione economica attraversate dal nostro Paese, si è tradotto:

- nell'esercizio di un ‘ruolo di supplenza’ da parte della Corte costituzionale a fronte delle disattenzioni o dell'inerzia del Legislatore;
- nella pronuncia di sentenze con cui la Corte costituzionale ha difeso lo Stato sociale consolidatosi, a fronte di interventi legislativi volti ad operare una razionalizzazione dei diritti sociali, in modo non sempre graduale;
- nel riconoscimento, infine, di una sempre più ampia discrezionalità legislativa in tale ambito, con contestuale riduzione del ruolo della Corte costituzionale alla sola ‘difesa’ del contenuto ‘minimo’ ‘essenziale’ dei diritti sociali.

La seconda costante, invece, in parte correlata alla prima, è rappresentata dal riconoscimento nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dalla Corte costituzionale del ‘primato’ dell'equilibrio finanziario dello Stato.

Come già accennato in precedenza, è incontestabile il condizionamento esercitato dalla compatibilità finanziaria dell'erario sul livello di protezione sociale: la ‘quadratura dei conti’ è condizione di fatto del progresso sociale, della liberazione concreta ed effettiva dal bisogno che, in ciascun sistema di *Welfare*, assurge a scopo ultimo.

Si tratta, allora, di analizzare le dinamiche del delicato bilanciamento tra diritti sociali ed equilibrio finanziario.

Da questo punto di vista, si può da subito evidenziare come, ‘stretta’ tra le

ragioni dell'inviolabilità del diritto alla pensione e la discrezionalità del Legislatore in materia di bilancio, la Corte si sia saputa ritagliare uno spazio, esercitando il proprio ruolo con grande pragmatismo e dinamismo rispetto alle diverse fasi storiche di espansione e di recessione degli assetti economici del Paese.²¹⁵

E ciò emerge, tanto guardando da una prospettiva diacronica allo sviluppo di tecniche decisorie alternative rispetto all'opzione accoglimento/rigetto quanto alla definizione di orientamenti giurisprudenziali che esaltano la dinamicità stessa degli istituti previdenziali previsti ai sensi dell'art. 38 Cost.

Anche con riguardo dunque a questa seconda costante, si possono individuare tre fasi:

- nella prima fase (fino alla fine degli anni '80), le ragioni dell'equilibrio finanziario appaiono recessive rispetto alla necessità di affermare le ragioni dello Stato sociale ormai consolidatosi. Anzi, da questo punto di vista, sia con riguardo agli aspetti prettamente processuali sia con riguardo al contenuto sostanziale, la Corte appare orientata ad ampliare gli strumenti di garanzia e di effettività dei diritti sociali - previdenziali;

- nella seconda fase, si registra un mutamento nell'orientamento giurisprudenziale della Corte. Dalla prima metà degli anni '90, infatti, a fronte della destabilizzazione degli assetti politici ed economici, la Corte incomincia ad affermare il primato delle disponibilità delle risorse economiche;

- nella terza fase, invece, la Corte costituzionale sembra orientata a ricercare validi limiti in grado di vincolare nel tempo la discrezionalità del legislatore e ad affermare così l'intertemporalità del nucleo inviolabile dei diritti sociali.

A conclusione di queste prime osservazioni introduttive, si può certo affermare che, in materia previdenziale, la Corte costituzionale abbia dimostrato *“di ubbidire più volte a ragioni di opportunità politiche, sociali”* ed economiche, *“operando come organo di indirizzo politico,..., mediante l'individuazione, la concretizzazione ...la selezione, alla luce delle condizioni mutevoli e contingenti del contesto politico – economico, sociale, istituzionale, dei valori ultimi espressi in Costituzione, di cui essa ed essa sola si è posta come l'interprete e il garante supremo”*²¹⁶.

²¹⁵ Cfr. Come ricordato anche da M. LUCIANI, la Corte, cioè, *“si è mostrata audace in occasioni di contingenza favorevole; cauta nei momenti di crisi (riconoscendo come esigenza primaria la tutela dell'equilibrio finanziario quando il sacrificio di tale tutela era senza ritorno)”*. In tal senso, anche A. ANDREONI; F. Miani Canevari; C. Colapietro.

²¹⁶ Così N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di opportunità* in ID. (A cura di) *La Corte costituzionale già cit.* p. 59. Lo stesso Autore, a p. 37, sottolinea come *“la funzionalità dinamica”* propria *“delle istituzioni pubbliche garantistiche”* deriva *“dalla loro stabilità istituzionale”*. Nello stesso senso, anche

Così, se è vero che la Corte “*deve integrare la norma alla luce dei valori, facendo sì che la sua pronuncia corrisponda all'intimo obiettivo significato politico della volontà costituzionale ossia ai valori politici ...*”²¹⁷ non si può certamente escludere che, tra questi valori politici, vi sia anche la solidarietà intergenerazionale quale garanzia ultima della stabilità dell'assetto costituzionale nel tempo.

Anzi, da questo punto di vista, l'affermazione del primato dell'equilibrio finanziario nella giurisprudenza costituzionale previdenziale sembra essere accompagnato dalla preoccupazione della Corte costituzionale in merito alla ‘tenuta’ nel tempo delle stesse garanzie inviolabili dello Stato sociale.

L'obiettivo è quello di perseguire e garantire la sostenibilità di un interesse generale della comunità statale che prescinde dagli interessi dei singoli soggetti protetti²¹⁸. Ciò confermerebbe, ancora una volta, la funzionalità dell'equilibrio finanziario rispetto al valore della solidarietà intragenerazionale e intergenerazionale che impone al legislatore attuale di tener conto, in materia previdenziale, tanto degli interessi dei più bisognosi quanto degli interessi dei pensionati attuali e di quelli futuri²¹⁹.

In ultima analisi, dunque, anche dalla lettura della giurisprudenza costituzionale, emerge come l'equilibrio finanziario sia considerato come primo strumento attraverso cui il Legislatore può agire secondo logiche di giustizia distributiva *intratemporale* non conflittuali rispetto alle logiche di giustizia distributiva *intertemporale*. Emerge, altresì, come la solidarietà intergenerazionale si traduca in tal modo, in principio giuridico di organizzazione e razionalizzazione dei diritti fondamentali in rapporto ad interessi inviolabili dell'intera comunità politica.

2. Il condizionamento dell'equilibrio finanziario sul contenuto delle decisioni della Corte costituzionali.

Per comprendere meglio quanto sopra sostenuto, è sufficiente, senza avere la pretesa di completezza, seguire l'evoluzione giurisprudenziale di alcuni principi e istituti previdenziali.

C. COLAPIETRO *op. già cit.*, secondo cui: “ *La Costituzione e le leggi sono state individuate nel loro divenire diacronico. La Corte si è staccata dal modello giurisdizionale di garante e custode di valori costituzionali stabili; è diventata mediatrice dei conflitti sociali, collegandosi nel punto di intersezione tra sistema politico, sistema economico e società, arbitrandone i conflitti che nascono dalla tendenza...ad assolutizzare i valori di cui ciascuna sfera è portatrice.*”

²¹⁷ Cfr. N. OCCHIOCUPO, *op. cit.*, nota 202, p. 60.

²¹⁸ Così C. COLAPIETRO, *op. già cit.* p. 261; L. MENGONI, *op. cit.*, p. 1 e ss; M. PERSIANI, *op. cit.* p. 159

²¹⁹ Cfr. Corte cost. sent. n. 390 del 1996.

2.1. *Sul concetto di adeguatezza del trattamento pensionistico.*

Più volte si è avuto modo di sottolineare la natura teleologica degli istituti previdenziali in quanto strumentali alla liberazione dal bisogno dei lavoratori.

Ma, affinché possa essere tutelata nel tempo “*la dignità di uomo libero del lavoratore*”²²⁰ è necessario che l’ordinamento giuridico appresti gli strumenti volti a garantire, ai sensi dell’art. 38 Cost., l’adeguatezza delle pensioni alle esigenze di vita del lavoratore.

Da ciò discende, da una parte, l’importanza della ricerca di parametri quantitativi e qualitativi in grado di misurare l’adeguatezza del trattamento previdenziale; dall’altra, l’importanza della individuazione di meccanismi in grado di garantire nel tempo l’effettività della stessa adeguatezza.

Si tratta probabilmente dell’aspetto più importante del sistema previdenziale che maggiormente incide sulla finanza pubblica. Tanto che si è arrivati a sostenere che “*il concetto di adeguatezza della pensione [sarebbe] determinabile solo in via empirica o secondo schemi largamente opinabili in quanto collegati all’apprezzamento del mutevole stato delle finanze pubbliche*”²²¹.

Effettivamente, anche la dottrina giuslavoristica ha mostrato delle difficoltà nel definire tale concetto. Secondo una visione universalistica, il livello di adeguatezza della pensione dovrebbe essere determinato secondo criteri tendenzialmente egualitari, in ragione dell’attitudine del sistema previdenziale a garantire a tutti i cittadini l’effettivo e sostanziale godimento dei diritti fondamentali.

Secondo un altro orientamento, invece, proprio in ragione dell’art. 3 Cost., II comma che consente una differenziazione del trattamento previdenziale a fronte di situazioni disuguali (retributive, contributive, familiari)²²² l’adeguatezza della pensione dovrebbe essere commisurata alla qualità e quantità del lavoro prestato e comunque idoneo, anche dopo il collocamento a riposo, a garantire al lavoratore e alla sua famiglia un’esistenza libera e dignitosa, individuando così una stretta correlazione tra l’art. 36 Cost. e l’art. 38 Cost..

Senonché, una tale interpretazione incontrerebbe un ostacolo proprio nella portata letterale delle stesse disposizioni costituzionali: solo l’art. 36 Cost. individua, quali parametri per determinare la giusta retribuzione, la *proporzionalità* alla quantità e

²²⁰ Cfr. C. MORTATI, *op. cit.*, p.; G. ALIBRANDI, *La garanzia previdenziale secondo costituzione*, in *Riv. Infortuni e malattia prof.*, 1990 p. 183 e ss..

²²¹ Cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2008, p.

²²² G. Alibrandi, A. Cerri.

qualità del lavoro svolto e *l'idoneità* a garantire una esistenza libera e dignitosa²²³; viceversa, dal tenore letterale dell'art. 38 II comma Cost., discende che il trattamento pensionistico sarebbe costituzionalmente adeguato quando esso garantisce al pensionato i mezzi per fronteggiare le "esigenze di vita".

Sembrerebbe dunque da escludersi, anche in ragione dell' "*impostazione solidaristica e redistributiva che informa di sé l'intera costituzione*"²²⁴, un livello di adeguatezza come costituzionalmente imposto, correlato al livello retributivo raggiunto dal lavoratore²²⁵.

In merito, la Corte costituzionale è sembrata manifestare un orientamento ondivago. Anche con riguardo al concetto di adeguatezza del trattamento previdenziale, infatti, emerge come, durante fasi di crescita economica del Paese, la Corte abbia avvalorato una lettura 'massimalista' del dettato costituzionale ridimensionata, poi, in fasi di recessione economica.

Nella prima fase della sua attività (in particolare durante gli anni '60), la Corte sembra considerare il trattamento previdenziale adeguato alla stregua di un minimo vitale, in grado di assicurare al lavoratore i mezzi per far fronte alle necessità primarie della vita²²⁶. Appare evidente come tale giurisprudenza muova da una visione unitaria del sistema previdenziale, in cui assistenza e previdenza sociale, pur presupponendo condizioni di accesso diversi, vengono accumulate dalla stessa funzione: garantire alla persona bisognosa i mezzi di sussistenza²²⁷.

Successivamente, però, la Corte incomincia a manifestare un diverso orientamento. Muovendo da una visione dualista del modello costituzionale di sicurezza sociale, la Corte costituzionale ha riconosciuto l'esistenza di una stretta correlazione tra art. 36 e art. 38 Cost.²²⁸, ed è giunta a definire la pensione in termini

²²³ Cfr. T. TREU, *Commento all'art. 36 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario già cit.*, p. 72 e ss.

²²⁴ Cfr. M. D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 42.

²²⁵ Come osservato da M. CINELLI, *op. cit.* significativi in tal senso sarebbero i lavori dell'Assemblea Costituente e, in particolare, l'eliminazione dal secondo comma dell'art. 34 (oggi 38) come inizialmente presentato, dell'inciso "*in ragione del lavoro che prestano*".

²²⁶ Cfr. in particolare Corte cost. sent. n. 34 del 1960 e sent. n. 22 del 1969.

²²⁷ Come osservato anche da S. EVANGELISTA, *La giurisprudenza cost. dell'ordinamento previdenziale*, in *Diritto del Lavoro*, 1987, p. 148 e ss.

²²⁸ Sulla correlazione tra articolo 36 Cost. e art. 38 Cost., i riferimenti giurisprudenziali sono tanti. Cfr. Corte cost., sent. n. 3 del 1966. Con tale decisione, la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, n. 5, c.p., laddove prevedeva per il personale degli enti pubblici e i loro aventi causa la perdita tra l'altro di pensioni e assegni aventi carattere retributivo e a carico dello Stato o di altro ente pubblico, per effetto di condanna penale che importasse l'interdizione dai pubblici uffici. In tale sentenza, la Corte costituzionale affermava che la retribuzione dei lavoratori - tanto quella corrisposta nel corso del rapporto di lavoro, quanto quella differita, a fini previdenziali, alla cessazione di tale rapporto e corrisposta allo stesso lavoratore, sotto forma di trattamento di

liquidazione o di quiescenza, è fatta oggetto, sul piano morale e su quello patrimoniale, di particolare protezione di ordine costituzionale, fondato, appunto, sul lavoro (art. 1 Cost.), posto che l'art. 36 Cost., garantisce espressamente il diritto alla retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato ed in ogni caso sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

In senso analogo, Corte cost. sent. n. 78 del 1967, in materia di pensioni militari; Corte cost., sent. n. 75 del 1968 con cui la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 2120, primo comma, del codice civile, nella parte in cui escludeva che fosse dovuta l'indennità di anzianità in caso di dimissioni volontarie o di colpa del prestatore di lavoro. La Corte sottolineava il carattere retributivo dell'indennità di anzianità, costituendo quest'ultimo parte del compenso dovuto per lavoro prestato, la cui corresponsione viene differita al momento della cessazione del rapporto allo scopo di agevolare al lavoratore il superamento delle difficoltà economiche possibili ad insorgere per venir meno al salario, facendo discendere il relativo diritto deve farsi discendere dai principi consacrati nell'art. 36 della Costituzione. Dello stesso tenore, Corte cost. sent., n. 140 del 1971 in tema di indennità di buonuscita per i dipendenti delle imprese autoferrotranviarie; Corte cost. sent. n. 85 del 1972 con riguardo al diritto all'indennità di anzianità a favore del prestatore di lavoro (rapporto di lavoro domestico) in caso di cessazione del rapporto per licenziamento in tronco. Corte cost., sent. n. 204 del 1972 in tema di divieto di cumulo di pensioni con riguardo ai dipendenti di enti locali. In tale caso, la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 36 Cost., dell'art. 11 della legge 13 marzo 1950 n. 120, commi primo e terzo, (norme relative all'ordinamento dell'Istituto nazionale di assistenza per i dipendenti da enti locali) nella parte in cui negavano all'iscritto la concessione dell'assegno vitalizio istituito con R.D.L. 23 luglio 1925 n. 1605, e ai suoi congiunti la reversibilità, quando ai detti aventi diritto, per titolo differente, spettasse una pensione propria. La Corte costituzionale, considerando che il trattamento pensionistico del lavoratore fosse costituzionalmente garantito dall'art. 36 della Costituzione ed il principio fosse da considerarsi valido ed operante per ogni altro trattamento, successivo alla cessazione del rapporto, che presentasse una componente retributiva, affermava che non si potesse non ammettere che a pluralità di prestazioni facesse riscontro una pluralità di retribuzioni (attuali o) differite. Ne conseguiva che il divieto di cumulo dei trattamenti economici fosse costituzionalmente illegittimo nella misura in cui per quello che ne restava escluso, si realizzava una sostanziale disapplicazione del principio della giusta retribuzione. Similmente, Corte cost., sent. n. 184 del 1973 con cui veniva dichiarato illegittimo, per violazione dell'art. 3 e dell'art. 36 Cost., l'art. 5, ultimo comma, della legge 26 luglio 1965, n. 965, nella parte in cui riduceva alla metà la misura dell'indennità per il personale degli enti locali cessato dal servizio per dimissioni volontarie. La Corte riconosceva la natura retributiva di tale indennità che, come la pensione, era da considerarsi parte del compenso dovuto per il lavoro prestato, la cui corresponsione differita serve ad agevolare eventuali difficoltà economiche che possono insorgere quando viene meno la retribuzione. La misura dell'indennità, dunque, secondo la Corte deve essere commisurata in proporzione della durata del lavoro prestato. Corte cost., sent. n. 191 del 1974, in tema di trattamento previdenziale dei dipendenti delle ferrovie dello Stato. In tale caso, la Corte non mancava di affermare che per retribuzione del lavoratore debba intendersi sia quella corrisposta nel corso del rapporto di lavoro sia quella differita, ai fini previdenziali, alla cessazione di tale rapporto e corrisposta nella forma di pensione o indennità di liquidazione. Corte cost., sent. n. 83 del 1979. Con tale decisione, la Corte ha avuto modo di spiegare come le garanzie previdenziali vanno assicurate indipendentemente da condanne penali o provvedimenti disciplinari inflitti al pubblico dipendente. Ciò in conseguenza proprio dell'art. 36 I comma Cost. che assicura una particolare protezione alla retribuzione dei lavoratori che si estende al trattamento di quiescenza spettante al termine del rapporto, da considerarsi in termini di retribuzione differita in quanto conseguito attraverso la prestazione dell'attività lavorativa (che la Costituzione e la coscienza sociale considerano come valore primario della Repubblica democratica).

Tale correlazione emerge chiaramente anche dalla giurisprudenza successiva specie in materia di perequazione automatica del trattamento previdenziale.

di “retribuzione differita”, potendo così rinvenire nel principio di proporzionalità alla quantità e qualità del lavoro e nell’idoneità ad assicurare all’ex lavoratore e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa dei parametri costituzionali per commisurare il livello di adeguatezza del trattamento pensionistico. Proporzionalità ed adeguatezza che non debbono sussistere solo al momento del collocamento al riposo, ma che debbono costantemente essere assicurati in proseguo, in relazione ai mutamenti del potere d’acquisto della moneta²²⁹.

Ancor oggi, dunque, il Giudice della legge appare fermo nell’aderire a tale concezione. Tuttavia, però, dalla lettura diacronica della giurisprudenza costituzionale sul tema, emerge come, nel corso del tempo, la Corte costituzionale abbia attribuito ad essa significati non univoci, ridimensionandone così la portata, e facendo prevalere sulla determinazione del *quantum* del livello di adeguatezza le ragioni delle risorse finanziarie disponibili dello Stato o dei singoli regimi previdenziali.

Con i limiti che si avranno modo di individuare in seguito, la natura retributiva del trattamento previdenziale viene evidenziato da: Corte cost., sent. n. 124 del 1968, in cui i giudici costituzionali hanno affermato che le condizioni dell’impiegato in servizio attivo e quelle dell’impiegato in pensione si concretano in situazioni diverse fra loro, a cui corrisponde una diversa disciplina giuridica del rispettivo trattamento e che dal carattere retributivo delle pensioni deriva che il trattamento di quiescenza deve essere proporzionale alla qualità e alla durata del lavoro prestato; non deriva che tale trattamento debba essere necessariamente e in ogni caso inferiore al trattamento di servizio attivo; Corte cost., sent. n. 275 del 1976, in tema di divieto di cumulo tra stipendio e pensione, in cui la Corte ha riaffermato che la pensione deve essere considerata una forma di retribuzione differita, direttamente legata al lavoro prestato, e che la discrezionalità del legislatore ordinario deve in ogni caso rispettare il principio della proporzionalità rispetto alla qualità e quantità di lavoro prestato durante il servizio attivo.

Corte cost., sent. n. 26 del 1980 ; Corte cost., sent. n. 96 del 1991, in cui la Corte ribadisce che il trattamento di quiescenza, al pari della retribuzione percepita in costanza del rapporto di lavoro (del quale lo stato di pensionamento costituisce un prolungamento a fini previdenziali), deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e deve, in ogni caso, assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia mezzi adeguati alle esigenze di vita per una esistenza libera e dignitosa, non soltanto al momento del collocamento a riposo, ma anche successivamente, in relazione al mutamento del potere di acquisto della moneta. Costituisce, a detta dei Giudici costituzionali, compito del legislatore assicurare che tale proporzionalità ed adeguatezza perdurino, secondo valutazioni rimesse alla sua discrezionalità, anche con riguardo alle disponibilità finanziarie, purché esercitata in modo non irragionevole ed arbitrario.

Corte cost., sent. n. 501 del 1988 in tema di perequazione automatica . La corte afferma che , la pensione deve intendersi come retribuzione differita, e ciò implica l'esigenza di costante adeguamento del trattamento di quiescenza alle retribuzioni dei lavoratori in servizio attivo.

Lo stesso orientamento viene espresso nella sent. n. 119 del 1991 in cui la Corte, come si avrà modo di analizzare in seguito , non manca di sottolineare il ruolo del legislatore nella individuazione di meccanismi volti a garantire nel tempo l’adeguatezza della pensione.

Di simile tenore, più recenti: Corte cost. sent. n. 226 del 1993; n. 409 del 1995; n. 457 del 1998; n. 180 del 2001; ord. n. 254 e n. 439 del 2001, n. 241 e n. 531 del 2002, n. 162 del 2003.

²²⁹ Cfr., in particolare sent. n. 26 del 1980 *già cit.*

Fin da subito, la Corte costituzionale ha escluso che il livello di adeguatezza del trattamento pensionistico possa essere commisurato in ragione della corrispondenza dei contributi versati²³⁰.

Nella seconda metà degli anni '70, poi, la Corte costituzionale ha manifestato un orientamento volto ad affermare la coincidenza tra il livello di adeguatezza della pensione al livello di retribuzione goduta prima del verificarsi della situazione di bisogno, utilizzando come parametro proprio i criteri individuati dall'art. 36 Cost. per determinare la giusta retribuzione²³¹.

Orientamento fortemente garantista nei confronti degli attuali pensionati, che già a fine anni '80, risultava essere affievolito.

La Corte costituzionale, infatti, ha escluso che, dall'applicazione del principio di proporzionalità, possa automaticamente discendere, come scelta costituzionalmente vincolata, l'integrale coincidenza tra il livello di trattamento pensionistico e ultima retribuzione percepita prima del collocamento a riposo, che rappresenta, come più volte rimarcato dalla stessa Corte costituzionale, solo il livello ottimale di adeguatezza garantibile dall'ordinamento giuridico²³².

Così facendo, infatti, la Corte costituzionale ha ridimensionato la correlazione tra articolo 36 e art. 38: il principio di proporzionalità sancito ai sensi dell'art. 36 Cost., in materia pensionistica, appare filtrato, veicolato dall'art. 38 Cost.²³³, con la

²³⁰ Cfr. in particolare, Corte cost., sent. n. 155 del 1969; sent. n. 30 del 1976; sent. n. 173 del 1986; sent. 390 del 1995. In tal senso, Cfr. anche Corte cost., sent. 202 del 2008. In particolare, sent. n. 226 del 1993 in cui, al punto 6 del considerato in diritto, richiamando la precedente giurisprudenza costituzionale, ribadisce che “*nel vigente sistema pensionistico, ispirato al principio solidaristico, non è richiesta una rigorosa corrispondenza tra contribuzione e prestazione previdenziale, con il limite però, della ragionevolezza soprattutto se si tiene conto che alla solidarietà tra lavoratori e pensionati si affianca sempre e comunque una solidarietà più ampia dell'intera collettività*”.

²³¹ Cfr. in particolare, Corte cost., sent. n. 30 del 1976.

²³² Cfr., tra tante, Corte cost. sent. n. 349 del 1985; sent. n. 173/1986; sent. n. 445 del 1988; sent. n. 226 del 1993; sent. n. 409 del 1995. Già nella sentenza n. 26 del 1980, in realtà, la Corte costituzionale pur affermando che “*il trattamento di quiescenza - al pari della retribuzione, in costanza di servizio, della quale costituisce sostanzialmente un prolungamento ai fini previdenziali, [debba] essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato, e debba in ogni caso assicurare al lavoratore medesimo ed alla sua famiglia mezzi adeguati alla loro esigenza di vita per un'esistenza libera e dignitosa*” afferma altresì che ciò non comporta automaticamente che “*il livello della pensione, in progressione puntuale concomitanza con il servizio prestato, debba poter attingere il traguardo della integrale coincidenza con la retribuzione goduta all'atto della cessazione del servizio*”.

²³³ M. PERSIANI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale* in G. M. AMBROSO, G. FALCUCCI, (ricerca coordinata da) *Lavoro, La giurisprudenza costituzionale (1 luglio 1989-1 dicembre 2005)*, Roma 2006. L'autore ribadisce come, mentre i principi sulla giusta retribuzione si fondano sul valore dell'uomo che lavora e rappresentano il punto di equilibrio tra opposti interessi delle parti del rapporto di lavoro (lavoro e retribuzione), le prestazioni pensionistiche ai sensi dell'art. 38 Cost. sono finalizzate alla realizzazione diretta ed immediata di un interesse pubblico coincidente con la

conseguenza del riconoscimento di una più ampia discrezionalità del Legislatore nel determinare il livello di adeguatezza del trattamento previdenziale.

Basti pensare a tal proposito a quanto sancito nella sentenza n. 31 del 1986, in cui la Corte costituzionale non ha fatto nemmeno più menzione all'art. 36 della Costituzione per valutare la conformità costituzionale del livello di adeguatezza del trattamento pensionistico.

Oppure, in tema di tetti pensionistici, nella sentenza n. 173 del 1986 con cui la Corte ha dichiarato l'inaammissibilità della questione di legittimità costituzionale di una disposizione legislativa che non prevedeva un meccanismo di riliquidazione delle pensioni in rapporto alla dinamica salariale. In tal caso, dopo aver ribadito “*la non necessaria coincidenza tra pensione e ultima retribuzione percepita*” riconosceva la discrezionalità del Legislatore nel determinare livelli di adeguatezza ed effettività al trattamento previdenziale dando “*attuazione graduale a detti precetti*”.

Nella successiva sentenza n. 119 del 1991 (in tema di perequazione automatica delle pensioni), ancor più incisivamente la Corte sottolineava come “*la commisurazione che può essere attivata secondo la discrezionalità del Legislatore e la non vincolatezza del quomodo di tale commisurazione è in fondo conseguenza del bilanciamento complessivo di valori in gioco che deve operare il Legislatore tenendo anche conto della concreta e attuale disponibilità delle risorse finanziarie*”²³⁴.

Dello stesso tenore, è la sentenza di rigetto n. 3 del 2007, in tema di determinazione di coefficienti di rivalutazione dell'importo nominale dei contributi versati, in cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'infondatezza della questione presentatale²³⁵, ritenendo ragionevole l'intervento del Legislatore in conseguenza

rimozione degli ostacoli che impediscono l'uguaglianza il pieno sviluppo della persona umana; rimozione che non richiede che l'entità della pensione sia il corrispettivo dei contributi versati.

²³⁴ Similmente Corte cost., ord n. 531 del 2002, con cui la Corte dichiara la manifesta infondatezza in riferimento agli art. 3, 36 e 38 cost, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, L. 8 agosto 1991 n. 265, nella parte in cui, escludendo espressamente l'applicabilità del meccanismo di adeguamento stipendiale di cui all'art. 2 l. 19 febbraio 1981 n. 27 ai trattamenti pensionistici dei magistrati, non consentirebbe il costante allineamento delle pensioni al trattamento dell'attività di servizio, in quanto, data la natura di retribuzione differita che deve riconoscersi al trattamento pensionistico, il principio della proporzionalità della pensione alla quantità e alla qualità del lavoro prestato nonché della sua adeguatezza alle esigenze di vita del lavoratore e della sua famiglia non impone affatto il necessario adeguamento del trattamento pensionistico agli stipendi, spettando alla discrezionalità del legislatore determinarne le modalità di attuazione, nel bilanciamento dei valori e degli interessi costituzionali coinvolti anche in relazione alle risorse finanziarie disponibili, mentre l'esigenza di adeguamento delle pensioni alle variazioni del costo della vita è comunque assicurato attraverso il meccanismo della loro perequazione automatica.

²³⁵ la questione di legittimità costituzionale riguardava che l'art. 69 comma 5 della Legge n. 388 del 2000 (Legge finanziaria per l'anno 2001) nella parte in cui, in relazione alla disposta rivalutazione dei

“... dell’innegabile gravosità per l’erario di simili scelte e la necessità del legislatore di tener conto, anche in tema di adeguatezza dei trattamenti pensionistici, del quadro della politica economica e delle concrete disponibilità finanziarie” .

Od, infine, in tema di tetti pensionistici, con riguardo al trattamento previdenziale dei lavoratori dello spettacolo, con sentenza n. 202 del 2008 la Corte costituzionale ha dichiarato l’inammissibilità della questione propositale. Dopo aver ribadito che la struttura solidaristica cui sono informati i sistemi previdenziali non comporta la necessaria corrispondenza tra i contributi versati e le prestazioni erogate, in riferimento all’adeguatezza del trattamento previdenziale, riafferma che *“ Il precetto costituzionale esige che il trattamento previdenziale sia sufficiente ad assicurare le esigenze di vita del lavoratore pensionato; ma nell’attuazione di tale principio al Legislatore deve riconoscersi un margine di discrezionalità, anche in relazione alle risorse disponibili, almeno quando non sia in gioco la garanzia delle esigenze minime di protezione della persona”*.

Da questo breve *excursus* sulla giurisprudenza costituzionale in materia di adeguatezza del trattamento previdenziale emerge come, dagli anni ’90, la Corte sempre più frequentemente abbia considerato, nel bilanciamento tra valori costituzionali, la disponibilità delle risorse finanziarie, con la conseguenza che *“l’esatta quantificazione della prestazione dovuta, discende ...dall’effetto combinato dell’art. 38 e art. 81; effetto... che realizza più ampi spazi di discrezionalità a favore del Legislatore, nei limiti della ragionevolezza”*²³⁶.

Tale tendenza si rinviene anche nella giurisprudenza previdenziale più recente, sebbene attenuata dalla volontà della Corte costituzionale di prendere ‘timidamente’ le distanze dalle sentenze pronunciate specie a metà degli anni ’90 (con cui la Corte sembrava riconoscere indiscriminatamente al legislatore ordinario la piena discrezionalità non solo circa tempi, modi e misura delle prestazioni sociali, ma anche circa la fissazione dei minimi e massimi della prestazione adeguata) per ricercare ora effettivi limiti da opporre alla discrezionalità del legislatore (che si traduce in irragionevolezza, nella misura in cui tali limiti sono travalicati), individuati nella sola *‘esigenza minima di protezione della persona’*, nel nucleo minimo, inviolabile dello Stato sociale.

contributi versati nella assicurazione facoltativa prevista ai sensi del R.D. n. 1827 del 1935, prevede la decorrenza solo dal 1° gennaio 2001 degli aumenti dei relativi trattamenti previdenziali e non invece dal momento iniziale di percezione del trattamento pensionistico.

²³⁶ A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico cit.*, p. 229.

2.2. *La garanzia dell'effettività dell'adeguatezza dei trattamenti pensionistici: la perequazione automatica dei trattamenti.*

Dall'art. 38 della Costituzione, però, non discende solo l'obbligo di garantire al lavoratore pensionato un trattamento pensionistico adeguato, ma anche l'obbligo in capo al legislatore di predisporre dei meccanismi volti a rendere effettivo nel tempo il livello di adeguatezza del trattamento previdenziale erogato²³⁷. Finalizzati a tale scopo è innanzitutto il meccanismo della perequazione automatica, che consente un aggiornamento della prestazione economica in rapporto alle variazioni del costo della vita. Tale meccanismo, introdotto dapprima solo per il settore privato (ai sensi dell'art. 19 della Legge n. 153 del 1969), è stato progressivamente esteso anche a quello pubblico (legge n. 41 del 1978).

Per esigenze di contenimento della spesa pubblica e per contenere il crescente fenomeno inflazionistico, tale disciplina ha subito nel tempo numerose modifiche²³⁸.

Lo dimostra, per esempio, l'introduzione, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 438 del 1992 del blocco temporaneo della perequazione automatica stessa.

La disciplina attualmente vigente prevede che la perequazione automatica operi in base al solo adeguamento al costo della vita, con percentuale di variazione calcolata, con cadenza annuale, sul valore medio dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati, con riduzione percentuale di variazione differente a seconda delle fasce di importo di trattamenti (90% per le fasce di importo dei trattamenti compresi tra 3-5 volte il trattamento minimo Inps e pari al 75% per fasce di importo superiore a 5 volte il trattamento minimo).

²³⁷ G. ALIBRANDI, M. CINELLI, C. COLAPIETRO, p. 271. Cfr. anche sentenza 497 del 1988 in cui la Corte costituzionale ha affermato che *“la prestazione garantita dal precetto costituzionale postula i requisiti di effettività tanto più che essa si ricollega alla tutela dei diritti fondamentali della persona sanciti all'art. 2 Cost.”*; Cfr. anche sent. 205 del 1995.

²³⁸ Con legge n. 160 del 1975, il Legislatore ha però limitato l'operatività di tale meccanismo solo ai trattamenti minimi, introducendo per le pensioni di importo superiore al minimo un nuovo meccanismo ancorato a due differenti coefficienti: uno corrispondente alla differenza tra l'aumento percentuale della retribuzione degli operai dell'industria e la percentuale di aumento del costo della vita; l'altro, calcolato come quota fissa risultante tra l'ammontare del punto unico di contingenza e il numero dei punti accertati per i lavoratori dell'industria. Tale modifica legislativa ha comportato una progressiva contrazione delle prestazioni erogate e dall'altra un incremento sensibile dei trattamenti liquidati al minimo.

Successivamente, ai sensi dell'art. 21 della Legge n. 730 del 1983, è stata prevista l'indicizzazione in percentuale calcolata sull'intero trattamento, secondo quote decrescenti rispetto ai dati indici relativi alle fasce di ammontare stabilite in relazione all'importo del trattamento minimo di pensione. Come è stato osservato, tale meccanismo garantiva dall'inflazione solo le quote più basse della pensione, mentre la restante parte era destinata a perdere progressivamente il suo originario potere d'acquisto in base a circostanze aleatorie quali l'intensità dell'inflazione e la durata della pensione (Cfr. F. MIANI CANEVARI, *Costituzione e protezione sociale cit.*, p. 29).

Il fatto che si sia scelto di ancorare la perequazione automatica all'andamento dei prezzi e non alla dinamica retributiva, potrebbe comportare la riproposizione nel tempo del problema delle pensioni di annata²³⁹ a cui si potrà porre rimedio nel tempo solo con interventi legislativi *ad hoc*.

L'evoluzione legislativa dell'istituto, ispirata alla razionalizzazione del sistema pensionistico, appare non sempre lineare e ciò si riflette anche sull'attività della Corte costituzionale che si è trovata più volte a dover decidere sulla ragionevolezza o meno di disposizioni legislative che introducevano trattamenti previdenziali diversi a fronte di situazioni giuridiche comparabili.

Basti pensare alla normativa in materia di perequazione automatica dei trattamenti previdenziali del personale soggetto a contrattazione .

Dopo innumerevoli modifiche legislative²⁴⁰, espressione per lo più di un costante disimpegno politico nell'introduzione di meccanismi volti ad realizzare un automatico aggancio delle pensioni alla retribuzione, la Corte costituzionale afferma la necessità di introdurre meccanismi, in grado di garantire una costante adeguamento del trattamento previdenziale alla retribuzione da lavoro.²⁴¹

Tuttavia, già all'inizio degli anni '90, la Corte costituzionale, per non provocare vuoti normativi o per non gravare ulteriormente sull'erario, da una parte, a fronte della richiesta di pronunce di additive di prestazione da parte del giudice *a quo*, dichiara che “*l'estensione alle pensioni del meccanismo di adeguamento periodico alle retribuzioni rappresenta un 'attività che è estranea al sindacato di costituzionalità e viceversa propria del legislatore'*”²⁴² dall'altra, incomincia ad instaurare un rapporto dialettico con il Legislatore , attraverso diverse sentenze monito affinché quest'ultimo intervenisse per “*ripristinare la legittimità costituzionale del tessuto normativo ...intervento non ulteriormente dilazionabile*” e affermando che “*la questione non potrà essere più riconsiderata ove non si provveda ad armonizzare e non già a segmentare nel tempo la linea diagrammatica che segna l'andamento dei trattamenti pensionistici*”²⁴³.

Sempre in questo periodo, la Corte rimette la scelta sull'attuazione di meccanismi che consentano l'adeguamento delle pensioni, – anche diversi dalla perequazione

²³⁹ Come si era presentata a metà anni '70 , creando disparità di trattamento in conseguenza dei differenti criteri di perequazioni previsti per i diversi importi di pensione e portando all'appiattimento delle pensioni più alte.

²⁴⁰ Cfr. Per la ricostruzione dell'evoluzione normativa dell'istituto, M. D'ONGHIA, *op.cit.*,p. 183 e ss.

²⁴¹ Cfr. Corte cost., sent. 173 del 1986.

²⁴² Cfr. Corte cost. , ord. n. 92 del 1991; sent. n. 337 del 1992; sent. n. 42 del 1993.

²⁴³ Cfr. Corte cost. sent. n. 57 del 1993.

automatica, – alla discrezionalità del legislatore²⁴⁴, il quale deve operare, come incisivamente affermato nella sent. 226 del 1993, “*un bilanciamento tra le varie esigenze, nel quadro della politica economica generale e delle concrete disponibilità finanziarie*”.

Ancor più significativa, a tal proposito, è la sentenza n. 99 del 1995²⁴⁵, con cui la Corte si pronuncia sul differimento degli aumenti del trattamento pensionistico come previsto dall'art.11 della Legge n. 537 del 1993. In tal caso, la Corte costituzionale riteneva infondata la questione, sostenendo che è necessario “*tener conto dell'esistenza del limite delle risorse disponibili, e che in sede di manovra finanziaria di fine anno spetta al Governo e al Parlamento introdurre modifiche alla legislazione di spesa, ove ciò sia necessario a salvaguardare l'equilibrio del bilancio dello stato e a perseguire gli obiettivi della programmazione finanziaria*” e reputando legittimo il blocco temporaneo della perequazione automatica delle pensioni in quanto fondato “*nella più complessa manovra correttiva degli andamenti della finanza pubblica*”²⁴⁶.

Anche con riguardo a tale istituto, pertanto, è riscontrabile un differente atteggiamento da parte della Corte a secondo dei momenti storici di espansione o recessione economica: mentre in una prima fase sembra prevalere la tendenza ad una più rigorosa commisurazione delle pensioni all'andamento delle retribuzioni, in una seconda fase, a partire già dagli anni '90, sembra prevalere, nella giurisprudenza costituzionale, la tendenza a subordinare la scelta dei meccanismi di perequazione automatica alla disponibilità delle risorse, in linea con le politiche di contenimento della spesa per le pensioni. Significativa, in tal senso, è il percorso giurisprudenziale della Corte costituzionale in tema di perequazione automatica dei trattamenti del personale di magistratura ed equiparati.

Basti pensare, innanzitutto, alla sentenza n. 501 di 1988 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 1,3, I comma e 6 della Legge n. 141 del 1985 nella parte in cui non disponevano, a favore dei magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari nonché dei procuratori ed

²⁴⁴ Cfr. Corte cost. sent. n. 119 del 1992 in cui si afferma che il Legislatore deve effettuare “*un ragionevole bilanciamento del complesso dei valori e degli interessi costituzionali coinvolti nell'attuazione graduale di quei principio, compresi quelli connessi alla concreta e attuale disponibilità delle risorse finanziarie e dei mezzi necessari per far fronte ai relativi impegni di spesa*”; sent. n. 42 del 1993; sent. n. 447 del 1993 con cui la Corte rigetta la questione sollevata ‘appellandosi’, ancora una volta all'esercizio della discrezionalità del Legislatore il quale dovrà agire “*tenendo conto delle esigenze fondamentali di politica economica e delle risorse disponibili*”.

²⁴⁵ Consultabile in *Giur. it.*, 1995, I, 1 p. 530 e ss. non nota di A. GIORGIS, *La Corte costituzionale riserva al legislatore la tutela dei diritti che costano?*.

²⁴⁶ In senso analogo, Corte cost., sent. n. 417 del 1996.

avvocati dello Stato collocati a riposo anteriormente al 1^o luglio 1983, in luogo degli aumenti previsti, la riliquidazione della pensione sulla base del trattamento economico derivante dall'applicazione degli artt. 3, 4, della legge n. 425 del 1984 con decorrenza dal 1^o gennaio 1988. La Corte costituzionale ha constatato che tale legge “*stabiliva rivalutazioni percentuali di pensione pregresse del tutto estranee ai criteri adottati per la strutturazione dei nuovi trattamenti retributivi con conseguente vulnus degli artt. 3, 36 Cost.*”. Esaurita nel dicembre 1987, la funzione perequativa di tale Legge e non essendo stato previsto per il futuro alcun ulteriore adeguamento per le pensioni dei magistrati ed equiparati, la Corte ha ravvisato la necessità di integrare il contenuto normativo di tale legge “limitatamente alla perequazione delle pensioni del personale di magistratura andato a riposo prima del 1983, con limitata decorrenza dal 1^o gennaio 1988”.

Come è stato rilevato²⁴⁷, tale sentenza appare sotto il profilo processuale alquanto interessante: essa dichiara l'illegittimità sopravvenuta delle disposizioni impugnate e, al contempo, presenta un contenuto additivo.

Probabilmente, essa appariva allora il giusto ‘compromesso’ tra diverse esigenze da bilanciare: da una parte, la necessità di garantire l'adeguamento dei trattamenti pensionistici, dall'altra, l'esigenza di contenere gli oneri finanziari che da essa sarebbero scaturite. Aderendo al principio di gradualità nell'attuazione delle disposizioni costituzionali, infatti, la Corte ha evitato di dichiarare l'illegittimità costituzionale di leggi succedutosi in un decennio e ha fissato un limite temporale, ritenendo che dal 1^o gennaio 1988, lo scostamento tra pensioni e stipendio dei magistrati fosse eccessivo a tal punto da non rendere più tollerabile una situazione che già non era conforme da tempo ai precetti costituzionali.

Nonostante ciò, tale sentenza ha sollevato diverse polemiche, proprio in relazione all'impatto di tale decisione sullo stato della finanza pubblica. Si era stimato, allora, un aggravio per le casse dello Stato di almeno 250-300 miliardi di vecchie lire (che sarebbero aumentati se lo stesso trattamento fosse stato esteso al personale del

²⁴⁷ Per una riflessione più accurata di tale decisione si rinvia a P. CARNEVALE, *La pronuncia di incostituzionalità “ad effetto parzialmente retroattivo” del regime della perequazione automatica per le pensioni dei magistrati: ancora una declaratoria di illegittimità costituzionale con efficacia “temporalmente circoscritta”* in *Giur. It.*, 1989, I, 1, p. 761 e ss.; S. BARTOLE, *Ancora sulla delimitazione degli effetti temporali di decisioni di accoglimento (in materia di pensioni di magistrati)* in *Giur. Cost.*, 1988, p. 2361 e ss.; G. D'ANTINO SETTEVENDEMMIE, *Prodromi ed effetti in ordine alle pensioni dei magistrati* in *Foro Amm.*, 1991, p. 653 e ss.; C. COLAPIETRO, *la giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale già cit.*, p. 278 e ss.; M. D'ONGHIA, *La giurisprudenza previdenziale e i costi del Welfare già cit.*, p. 189 e ss.).

settore pubblico.)²⁴⁸

La Corte, probabilmente preoccupata di non aggravare ulteriormente la situazione finanziaria dell'erario ha successivamente modificato il suo orientamento. Con l'ord. n. 95 del 1991, infatti, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale in merito all'art. 2 della legge 19 febbraio 1981 con cui il giudice rimettente chiedeva una pronuncia additiva volta ad innestare nella normativa pensionistica un meccanismo di adeguamento periodico concepito per il personale in servizio; attività che, secondo la Corte, *“per la varietà delle scelte possibili e la molteplicità delle implicazioni”* era *“certamente estranea al sindacato di costituzionalità e viceversa propria del legislatore”*. Costretta a decidere nuovamente sulla stessa tematica, la Corte cost., nella sent. n. 42 del 1993²⁴⁹, con cui ha dichiarato l'inammissibilità della questione, ha sottolineato che *“il legislatore, nell'escludere dalla riliquidazione delle pensioni l'applicabilità del meccanismo di adeguamento, ha esercitato una discrezionalità sua propria volendo limitare gli effetti dello stesso all'ambito esclusivo del trattamento stipendiale per il quale era stato concepito. Esula dai limiti del controllo di legittimità costituzionale l'operazione additiva richiesta ...e consistente in una mera trasposizione dell'istituto nel settore pensionistico”*. Tuttavia, ha accompagnato il dispositivo con una valutazione o con un 'monito ultimativo'²⁵⁰, in merito alla 'costituzionalità provvisoria' di tale scelta legislativa, prevedendo che nel medio periodo tale scelta non sarebbe apparsa più ragionevole e in tal caso, la mancata previsione di qualsiasi meccanismo di raccordo tra variazione retributiva e computo delle pensioni avrebbe potuto determinare l'esigenza di un riesame della questione di legittimità costituzionale, alla luce delle motivazioni svolte nella sentenza n. 501 del 1988.

Lo stesso atteggiamento è stato mantenuto dalla corte cost. con la sent. n. 409 del 1995 con cui nuovamente la Corte affermava che *“spetta al legislatore ragionevolmente soddisfare nel tempo detta esigenza, escludendo, peraltro, che questo comporti, inderogabilmente, un costante e periodico allineamento delle pensioni al corrispondente trattamento di attività di servizio”* aggiungendo, con la solita 'formula' della costituzionalità provvisoria che *“il problema può porsi solo per l'avvenire nel caso di variazioni significative della proporzionalità, nel più ampio*

²⁴⁸ Così, M. D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 198).

²⁴⁹ così come nelle precedenti decisioni n. 265 del 1991 e 125 del 1992.

²⁵⁰ Per una riflessione sulla tecnica di decisione, R. PINARDI, *Discrezionalità legislativa ed efficacia temporale delle dichiarazioni di incostituzionalità: la sent. 125 del 1992 come decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1083 e ss.; A. ANZON, *Questioni sulla misura dei trattamenti pensionistici e varietà di tecniche di decisione*, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 310 e ss.; C. COLAPIETRO, *op. cit.*, p. 282.

contesto della generale politica economica e avuto riguardo soprattutto delle risorse disponibili?

Ancor oggi, questo sembra essere l'orientamento prevalente. Ci si vuole riferire, per esempio, all'ordinanza n. 531 del 2002 con cui la Corte riconosce la manifesta infondatezza, in riferimento agli art. 3, 36 e 38 cost., della questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 2, comma 1, l. 8 agosto 1991 n. 265, nella parte in cui, escludendo espressamente l'applicabilità del meccanismo di adeguamento stipendiale di cui all'art. 2 L. 19 febbraio 1981 n. 27 ai trattamenti pensionistici dei magistrati, non consentirebbe il costante allineamento delle pensioni al trattamento dell'attività di servizio. Ancora una volta, la Corte costituzionale afferma che spetta *“alla discrezionalità del legislatore determinarne le modalità di attuazione [di tale adeguamento], nel bilanciamento dei valori e degli interessi costituzionali coinvolti anche in relazione alle risorse finanziarie disponibili?”*

Od infine, alla ordinanza n. 202 del 2006, con cui la Corte costituzionale, dopo aver affermato che *“tale determinazione deve conseguire al bilanciamento del complesso dei valori e degli interessi costituzionali coinvolti, anche in relazione alle risorse finanziarie disponibili e ai mezzi necessari per far fronte agli impegni di spesa”* aggiunge, da una parte, che *“lo scostamento tra trattamenti pensionistici maturati in tempi diversi è giustificato dal diverso trattamento economico di cui i lavoratori hanno goduto durante il rapporto di servizio e che era vigente nei diversi momenti in cui i relativi trattamenti pensionistici sono maturati”* dando così rilevanza, nell'attuazione graduale dei precetti costituzionali, anche al ‘fattore tempo’; dall'altra, che la scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore deve essere tale da assicurare *la garanzia delle esigenze minime di protezione della persona*.

Volendo trarre le fila di tale analisi, si può certamente affermare che anche in tema di perequazione automatica la Corte segue ‘lo schema’ tracciato costantemente nel tempo per arrivare poi, a prendere le distanze da quelle motivazioni stereotipate tipiche degli anni '90 e a cercare dei limiti alla discrezionalità del legislatore.

Paradigmatica, in tal senso, è la sentenza di rigetto n. 30 del 2004, in tema di perequazione automatica dei trattamenti pensionistici nel settore del pubblico impiego. La Corte costituzionale, infatti:

- in primo luogo, fissa il principio secondo cui *“l'azione di integrazione anche economica tramite interventi a carico della finanza pubblica appare tanto più necessaria in presenza di un significativo allungamento della vita dei cittadini, e del conseguente prolungamento del periodo nel quale è anzitutto il trattamento pensionistico ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa al pensionato e ai suoi familiari”*. A tal fine ritiene importante che siano individuate le modalità per garantire l'adeguatezza del trattamento pensionistico nel tempo, in

rapporto ai mutamenti del potere di acquisto;

- in secondo luogo, si ‘rimette’ alla discrezionalità del legislatore ²⁵¹che, in assenza di un principio costituzionale che assicuri l’adeguamento costante delle pensioni al successivo trattamento economico dell’attività di servizio corrispondente, dovrà introdurre un meccanismo in grado di garantire tale adeguamento, *“sulla base di un ‘ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti,... compresi quelli connessi alla concreta e attuale disponibilità delle risorse finanziarie e dei mezzi necessari per far fronte ai relativi impegni di spesa’”*;

-infine, individua il limite alla discrezionalità ragionevole del Legislatore: la scelta operata dal legislatore è ragionevole nella misura in cui assicura comunque *“le esigenze minime di protezione della persona”* ed altresì sottolinea, lanciando un monito

²⁵¹ Come costantemente fatto anche nelle decisioni dell’ultimo decennio. Tra tante si vedano, Corte cost.: ord. 254 del 2001 con cui la Corte dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale in merito all’art. 1 comma 2 l. 2 ottobre 1997 n. 334, nella parte in cui, riconoscendo l’indennità di posizione in favore dei generali di divisione e di corpo d’armata e gradi corrispondenti delle Forze armate, prevede che la stessa non produca effetti ai fini della determinazione dell’indennità ausiliaria. Secondo quanto affermato dalla Corte, da un lato, l’indennità di posizione e l’indennità ausiliaria hanno finalità diverse, onde non è irragionevole una differente disciplina normativa; dall’altro, la lamentata disparità - non avendo carattere macroscopico ed irragionevole - non esula dall’ambito della discrezionalità legislativa in tema di meccanismi di perequazione; ord. 256 del 2001 con cui viene dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 59, comma 13, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, nella parte in cui, per l’anno 1998, esclude dalla perequazione automatica i trattamenti pensionistici superiori a cinque volte il minimo Inps, considerato che *“rientra infatti nella discrezionalità del legislatore stabilire la misura e le variazioni dei trattamenti di quiescenza, bilanciando l’interesse dei beneficiari con le esigenze finanziarie dello Stato”*; ord. 439 del 2001 con cui ha dichiarato la manifesta infondatezza, in riferimento agli art. 97 e 3 cost., della questione di legittimità costituzionale relativa all’art. 46 d.lg. 12 maggio 1995 n. 198, che esclude i sottufficiali dell’Arma dei carabinieri non più in servizio alla data dell’1 settembre 1995 dal beneficio dell’inquadramento nel ruolo degli ispettori, *“in quanto non è manifestamente irragionevole nè palesemente arbitrario - stante la discrezionalità legislativa in materia - che il beneficio in questione sia collegato alla persistenza in servizio dei destinatari ad una certa data, non necessariamente retroattiva, tenendo altresì conto dell’interesse dell’amministrazione per il suo buon andamento e dei limiti di ordine finanziario”*; ord. n. 241 del 2002 con cui la Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli art. 3, 36 comma 1 e 97 cost., in merito all’art. 8 comma 5 l. reg. Lazio 12 settembre 1994 n. 39, il quale avrebbe mantenuto (o non eliminato) le sperequazioni normative e retributive esistenti tra il personale dipendente della Regione, in danno in particolare degli ex dipendenti dell’Idisu (Istituto per il diritto allo studio universitario). La Corte ha infatti, ribadito che, ferma la discrezionalità spettante al legislatore nella scelta dei meccanismi di perequazione, semprechè sia fatta salva la adeguatezza dei mezzi volti ad assicurare un’esistenza libera e dignitosa dei lavoratori, non può ritenersi irragionevole o palesemente arbitraria la scelta di graduare nel tempo la concessione e la retroattività di benefici economico - retributivi e, anzi, proprio la richiesta estensione della retroattività degli effetti economici determinerebbe una situazione incostituzionale, di sfondamento notevolissimo della copertura finanziaria, non rimediabile con i normali assestamenti di bilancio.

‘affievolito’, rispetto alle decisioni degli anni ‘90, come il verificarsi di irragionevoli scostamenti dell’entità delle pensioni rispetto alle effettive variazioni del potere d’acquisto della moneta, sarebbe indicativo della inidoneità del meccanismo in concreto prescelto ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia mezzi adeguati ad una esistenza libera e dignitosa, nel rispetto dei principi e dei diritti sanciti dagli artt.36 e 38 della Costituzione²⁵².

3. Dalla limitata applicabilità della teoria dei diritti quesiti in materia previdenziale alla ragionevolezza di riforme pensionistiche in pejus: un possibile appiglio per fondare una teoria sulla equità intergenerazionale ? L’orientamento della Corte costituzionale.

3.1. Il dibattito dottrinale in merito all’intangibilità diritti previdenziali quesiti.

L’esigenza di salvaguardare l’equilibrio finanziario emerge anche seguendo il percorso giurisprudenziale in tema di tutela dei diritti quesiti e di leggi pensionistiche che incidono *in pejus* su rapporti previdenziali ancora *in itinere* .

Si tratta di un aspetto alquanto problematico: a causa della poliedricità del concetto di diritto quesito; a causa delle difficoltà di rinvenire, specie in materia pensionistica, situazioni giuridiche intangibili; a causa del richiamo al più ampio tema giuridico della successione delle leggi nel tempo ed, infine, a causa delle difficoltà che si riscontrano nella misura in cui si valutano scelte legislative che vanno ad circoscrivere l’efficacia del principio dell’affidamento dei cittadini nella certezza del diritto.

Innanzitutto, è possibile, grosso modo, definire un diritto come quesito, quando esso “... *consegue ad un fatto idoneo a produrlo in virtù della legge vigente al tempo del fatto e che è immediatamente entrato a far parte del patrimonio della persona, sebbene l’occasione per farlo*

²⁵² Nella sentenza citata, la Corte ha dichiarato infondata la questione giustificando la scelta operata dal legislatore per esigenze di contenimento della spesa pubblica, di svincolare i trattamenti pensionistici dall’andamento delle successive retribuzioni e di cercare di salvaguardarne nel tempo il potere d’acquisto e l’adeguatezza attraverso il solo meccanismo della perequazione automatica dell’importo alle variazioni del costo della vita. Tale meccanismo secondo la Corte costituzionale, risulta coerente sia con il prevalente carattere contributivo assunto dal sistema pensionistico sia con la profonda riforma che ha interessato il pubblico impiego ed in particolare la dirigenza pubblica. Riprende a chiare lettere quanto affermato dalla sentenza n. 30 del 2004, l’ord. n. 383 del 2004 con cui viene dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 36 della Costituzione, della legge 17 aprile 1985, n. 141, nella parte in cui non dispone, con decorrenza 1° gennaio 1988, a favore di tutte le categorie di pubblici dipendenti, la riliquidazione della pensione sulla base dei trattamenti economici spettanti al corrispondente personale in attività di servizio.

valere si presenta sotto la nuova legge”²⁵³.

La prima difficoltà a cui si va incontro, è rappresentata dalla configurazione di situazione giuridiche previdenziali effettivamente quesite ed intangibili.

Volendo sintetizzare l'ampio dibattito dottrinario su tale tematica, si possono individuare due orientamenti.

Da una parte vi è chi, come G. FERRARO ²⁵⁴, evidenzia come la teoria dei diritti quesiti in materia pensionistica presenti sfaccettature del tutto peculiari, a causa innanzitutto del prolungato perdurare nel tempo - coincidente per quasi l'intero arco di una vita - del fatto costitutivo del diritto e della prestazione da eseguire.

Secondo questo primo orientamento, tanto il *diritto alla pensione*, che si acquisisce non appena maturate le condizioni per chiedere il collocamento a riposo, quanto il *diritto sulla pensione*, che si afferma invece al momento stesso del collocamento a riposo, possono essere qualificati diritti soggettivi perfetti. Con la conseguenza che, per entrambe le fattispecie, si può parlare di diritti quesiti, anche se solo la seconda configuri un diritto di credito, effettivamente esigibile.

Da questa prospettiva, il 'diritto alla pensione' è qualcosa di più di una mera aspettativa di fatto. Di aspettativa, secondo questo primo orientamento, è possibile parlare avendo riguardo al solo momento iniziale dell'attività lavorativa non ancora sfociata nello *status* di soggetto pensionabile.

Si arriva così a sostenere che tali diritti, in caso di *ius superveniens*, restano tendenzialmente disciplinati dalle norme del tempo in cui furono acquisiti e, rappresentando posizioni giuridiche intangibili, sono insensibili ad ogni disciplina legislativa successiva con efficacia retroattiva²⁵⁵.

A sostegno poi della configurabilità di diritti quesiti in materia pensionistica, G. FERRARO cita a titolo esemplificativo la Legge Amato, nella parte in cui espressamente manifesta la volontà di salvaguardare i diritti quesiti. Secondo l'autore, da ciò si può

²⁵³ Definizione richiamata da G. FERRARO, *I diritti quesiti tra giurisdizione e legiferazione*, in *Riv. Dir. del lavoro*, 1995, p. 278 e ss.

²⁵⁴ Cfr. G. FERRARO, *I diritti quesiti tra giurisdizione e legiferazione*, in *Riv. Dir. del lavoro*, 1995, p. 278 e ss.

²⁵⁵ A sostegno di tale tesi, G. FERRARO richiama l'orientamento della Suprema Corte, in particolare Corte Cass. Sez. Unite, sent. n. 2995 del 28 settembre 1968, in cui si afferma che “*sono diritti soggettivi perfetti sia il diritto alla pensione, che perfezionandosi al momento in cui si realizzano le condizioni prescritte dalla legge, acquista efficacia all'atto del provvedimento di liquidazione sia il diritto sulla pensione che, una volta liquidato, è un preciso diritto di credito a prestazione periodica*”, per cui: “*la disciplina applicabile alla pensione è quella stabilita dalle norme in vigore all'atto della cessazione del servizio*”. In tale sentenza, poi, la Suprema Corte si soffermava sulla natura variabile del contenuto quantitativo di tale diritto soggettivo “*che si colloca come elemento del rapporto di credito*” con la conseguenza che secondo l'Autore “*le norme sopravvenute per modificare sia pure ex nunc la preesistente disciplina della perequazione, sarebbero ... del tutto irrilevanti per le persone già in pensione*”. (*Op. cit.*, p. 912).

ritenere “*preservato sia il livello di reddito complessivamente raggiunto che resta intangibile nonostante i processi di trasformazione e le modifiche regolamentari, sia il processi di maturazione delle aspettative di diritto in itinere in attesa dell’integrale completamento della relativa fattispecie. Il Legislatore, cioè, avrebbe voluto enunciare un principio di intangibilità delle posizioni giuridiche maturate e in corso di maturazione, fissato a quella data e riferibile ai singoli lavoratori*”²⁵⁶.

La costruzione della teoria dei diritti quesiti, anche in materia previdenziale, sarebbe secondo l’autore, strettamente correlata alla necessità di tutelare il principio di rilevanza costituzionale di affidamento del cittadino nella certezza del diritto che si pone come limite ad ogni *reformatio in pejus* ; tutela, questa, che “*sembra insita anche nel significato originario della parola pre-videnza*”²⁵⁷.

Di diverso avviso è chi, come M. PERSIANI²⁵⁸, esprime dei dubbi circa la configurabilità di un diritto quesito alla permanenza del regime previdenziale vigente al momento dell’assunzione e imm modificabile nel tempo. Secondo tale Autore esso è qualificabile solo come mera aspettativa.

Come si è avuto modo di sottolineare, M. PERSIANI considera il diritto alla pensione come fattispecie complessa, a formazione successiva, non solo perché i suoi elementi si verificano in tempi diversi, ma anche perché alcuni di questi si intendono verificati a seguito della loro reiterazione nel tempo (es. il versamento dei contributi previdenziali).

Pertanto, proprio perché si è in presenza di una fattispecie a formazione progressiva e successiva, non è configurabile, con riguardo al trattamento previdenziale, una situazione giuridica intangibile e insensibile al fattore tempo.

M. PERSIANI, però, sottolinea come, a tal proposito, problemi possano sorgere con riguardo ad uno dei presupposti per attivare la tutela previdenziale: la contribuzione. Rispetto a tale elemento, sottolinea l’Autore, si porrebbe il problema di accertare se, anche prima del completamento della fattispecie previdenziale, possa ravvisarsi “*l’esistenza di posizioni preliminari giuridicamente tutelate e cioè idonee a produrre effetti giuridici*”²⁵⁹ identificabili nel diritto ad una quota di pensione corrispondente “*alla contribuzione già versata[od anche]... all’immodificabilità de regime nel quale quei requisiti hanno già avuto realizzazione, ancorché parziale*”²⁶⁰.

²⁵⁶ G. FERRARO, *op. cit.*, p. 916. FERRARO, *op. cit.*, p. 916.

²⁵⁷ G. FERRARO, *op. cit.*, p. 914.

²⁵⁸ M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *ADL*, 1998, p. 311 e ss. Similmente, M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in *ADL*, 1999, p. 53 e ss.

²⁵⁹ M. PERSIANI, *Aspettative già cit.*, p. 313.

²⁶⁰ M. PERSIANI, *Aspettative cit.*, p. 313.

Con riguardo a tali posizioni, l'Autore esclude la configurabilità:

- sia di un diritto alla pensione (inteso come diritto a che si verifichino, fino al loro completamento, tutti gli elementi della fattispecie costitutiva del diritto alla pensione) distinto da un diritto sulla pensione;

- sia di un diritto ad un determinato trattamento previdenziale, ossia “...a che nel tempo necessario al completamento della fattispecie non venga modificato in pejus la disciplina legale dei requisiti per aver diritto alla pensione o dei criteri di calcolo di quest'ultimo”²⁶¹.

In entrambi i casi, secondo, M. PERSIANI, sarebbe più corretto parlare di aspettativa di fatto la cui essenza sta “nell'attesa di un evento (giuridico) più o meno probabile, ma pur sempre incerto, mancando l'attribuzione di poteri giuridici idonei a garantire il completamento della fattispecie”²⁶².

Da questo punto di vista, l'eventuale compressione delle aspettative dei singoli lavoratori che nutrono interesse a mantenere il regime previdenziale ‘preesistente’, appare giustificato se lo si relazione con un preminente interesse pubblico, collettivo da salvaguardare. In ragione della dimensione pubblicistica e necessariamente solidaristica della previdenza sociale, cioè, tale compressione appare legittima quando è volta a garantire “il mantenimento della tutela previdenziale in relazione alle disponibilità delle risorse” in quanto “...funzionalizzata alla soddisfazione degli interessi di tutti i soggetti che di quella tutela fruiscono e fruiranno”²⁶³.

Il legislatore, così, deve legiferare tenendo conto della rilevanza sociale, collettiva, intergenerazione dell’istanza’ previdenziale, con la conseguenza che “... il riferimento ai diritti quesiti nello specifico contesto non sarebbe pienamente pertinente, data l'immanenza (elettiva, nella materia) dell'obbligo costituzionale di solidarietà a fronte del quale ...ha motivo di cedere anche l'intangibilità degli stessi diritti già maturati”²⁶⁴.

Sicuramente, l'impostazione della tese fin qui sostenuta, porta a condividere le osservazioni sviluppate in particolare da M. PERSIANI.

Tuttavia, mi sembra che entrambe le teorie delineate sembrano, a tratti, allontanarsi dalla complessità delle garanzie costituzionali del diritto alla pensione.

Penso che le difficoltà che si avvertono nell'approcciarsi alla teorica dei diritti quesiti in materia previdenziali siano dovute alla stessa configurazione dei diritti previdenziali come previsti nel testo costituzionale. Mi spiego meglio.

²⁶¹ M. PERSIANI, *Aspettative già cit.*, p. 313.

²⁶² M. PERSIANI, *Aspettative già cit.*, p. 314.

²⁶³ M. PERSIANI, *Aspettative già cit.*, p. 316.

²⁶⁴ M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale già cit.*, p. 55.

L'art. 38 cost., infatti, sembra tutelare il diritto alla pensione nella sua fisionomia complessa, che si regge sul delicato equilibrio, sulla tensione tra:

- dimensione *statica* (nel tempo), che deriva dall'inviolabilità di tale diritto come costituzionalmente riconosciuta e capace di 'proiettarlo' in una dimensione intertemporale;

- dimensione *dinamica* - complementare e funzionale alla prima - e consequenziale alla stessa apertura della disposizione costituzionale alla discrezionalità del legislatore il quale, adattando ai tempi il *quantum* e il *quomodo* di tale diritto, garantisce la sostenibilità nel tempo della stessa inviolabilità della prestazione previdenziale.

Rispetto al dettato costituzionale, dunque, le due tesi sopraesposte sembrano adombrare la struttura 'congenita', 'bidimensionale' (costituzionale e legale al contempo) di tale diritto. Infatti, a ben guardare, se la teoria per prima illustrata sembra 'sminuire' la carica dinamica e il carattere pubblicistico del sistema di previdenza sociale, la seconda sembra adombrare, invece, la dimensione 'statica' della disposizione costituzionale, nella misura in cui non ritiene configurabile nel nostro ordinamento un diritto alla pensione.

A mio giudizio, l'art. 38 Cost. riconosce e tutela, in quanto inviolabile, il diritto alla pensione. Tuttavia, guardando proprio alla struttura bidimensionale di tale diritto, solo a livello 'legislativo' può configurarsi un diritto ad un determinato regime pensionistico, il quale, nel tempo, può subire delle compressioni in ragione di scelte discrezionali operate in base a ragioni di opportunità socio-economica.

Con la conseguenza che, le riforme legislative che estendono retroattivamente un trattamento in *pejus* potrà incidere solo su questo secondo livello di tutela, senza poter vanificare e pregiudicare la garanzia costituzionale dell' inviolabilità dell'*an* e del *quid* della pretesa previdenziale o, in altro modo detto, andando a garantire nel tempo e a rendere effettivo anche a favore delle generazioni future, quel nucleo inviolabile 'staticamente' tutelato dall'art. 38 Cost.

3.2. Leggi retroattive in materia previdenziale e principio di affidamento dei cittadini nella certezza del diritto. Cenni.

Da quanto sopra precisato, emerge con evidenza la stretta correlazione tra la teoria dei diritti quesiti e il più ampio tema della successione delle leggi nel tempo, con riferimento all'incidenza dello *jus superveniens* sulle situazioni giuridiche pregresse o *in itinere*.

Il sopravvenire di una nuova disciplina legislativa può originare problemi pratici

proprio con riguardo a tali situazioni, specie laddove il Legislatore non abbia provveduto a dettare norme transitorie o di diritto intertemporale.

Ne consegue l'importanza che assume il principio dell'irretroattività della legge, come sancito ai sensi dell'art. 11 II comma delle Disposizioni sulla legge in generale, che, come è noto, stabilisce che *“legge non dispone che per l'avvenire”*.

Si tratta di un principio legittimante lo Stato di diritto, posto a salvaguardia della sistematicità dell'ordinamento giuridico nel suo complesso e della certezza del diritto.

Tale principio, però, non assurge espressamente a dignità costituzionale: il principio di irretroattività della legge, infatti, è sancito a livello costituzionale solo per la materia penale (ai sensi dell'art. 25 I comma), lasciando così intendere che, per gli altri ambiti, il Legislatore, sulla base di valutazioni di opportunità sociali, politiche ed economiche, possa decidere di estendere gli effetti dello *jus superveniens* anche a fattispecie pregresse.

Eppure, la questione appare al quanto complessa, specie se si considera che, con tale principio, si miri a tutelare l'affidamento dei cittadini nella certezza del diritto.

Quest'ultimo, infatti, si pone come interesse meritevole di tutela anche costituzionale. Esso, cioè, godrebbe di una tutela costituzionale indiretta, in quanto *“riflesso della tutela della dignità umana nel contesto di una concezione personalistica dei rapporti tra cittadini e potere, in cui la persona non è solo bene disponibile”*²⁶⁵ Da questo punto di vista, dunque, tale principio mostrerebbe la sua rilevanza quando la sua lesione *“sia arrecata prescindendo dalla considerazione dell'esistenza di una relazione tra l'attività legislativa e i suoi titolari, tale da comportare, tramite la lesione degli interessi materiali di cui sono titolari, la violazione della loro dignità di soggetti giuridici e tale da precludere il libero sviluppo della personalità che è il valore di fondo della garanzia offerta dall'art. 2 Cost.”*²⁶⁶.

A tal proposito, non si deve dimenticare, infatti, che anche la Corte costituzionale ha più volte rimarcato l'importanza del principio della irretroattività della legge e dell'affidamento del cittadino nella certezza del diritto, a partire dalla decisione n. 118 del 1957, in cui l'irretroattività della legge viene qualificato come principio fondamentale di civiltà giuridica²⁶⁷.

²⁶⁵ Cfr. S. TORRICELLI, *Le modifiche retroattive in pejus della normativa pensionistica: il limite dell'affidamento*, in *Dir. pubblico*, 1998, p.777 e ss. (in particolare p.814); F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano.

²⁶⁶ Così, S. TORRICELLI, *op.cit.*, p. 814.

²⁶⁷ In tale sentenza, la Corte costituzionale affermava che *“il principio generale della irretroattività delle leggi presenta un'antica conquista della nostra attività giuridica ...essa non è mai assunto nel nostro ordinamento alla dignità di norma costituzionale, né vi è stato elevato dalla vigente costituzione se non per la materia penale”*. Ed ancora : *“per le materie diverse da quella penale l'osservanza del tradizionale principio, è dunque rimessa - così come in passato - alla prudente valutazione del legislatore, il quale peraltro - salva estrema necessità - dovrebbe ad*

Nonostante le affermazioni ‘di ampio respiro’ contenute nelle decisioni della Corte, la difesa del principio di irretroattività delle leggi si è nel tempo attenuata, in ragione del bilanciamento che deve essere effettuato tra tale principio ed altri valori costituzionali.

Con la conseguenza che la Corte costituzionale ha avallato l'esercizio di una discrezionalità sempre più ampia, da parte del Legislatore, nell'emanazione delle leggi in materia pensionistica, che introducessero, con efficacia retroattiva, un trattamento previdenziale peggiore rispetto a quello precedente.

Tuttavia, questa discrezionalità non si è mai tramutata in ‘libertà’. Vale a dire che la Corte costituzionale si è sempre riservata, anche in materia previdenziale, la possibilità di valutare, sotto il profilo della ragionevolezza delle scelte legislative, lo *jus superveniens* qualificando l'intervento legislativo, come irragionevole, quando esso si traduce “*in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica*”²⁶⁸.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale in tale ambito va così condotta

esso attenersi, essendo, sian nel pubblico sia nel privato, la certezza dei rapporti preteriti (anche se non definiti in via di giudicato, transazione ecc...), uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile”. Affermazione che, come un *leitmotiv*, in modo più o meno incisivo, come si avrà modo di sottolineare, sarà ripreso dalla giurisprudenza successiva. Si vedano, tra tante: Corte cost.: sent. n. 349 del 1985; n. 822 del 1988; n. 155 del 1990; n. 397 del 1990; n. 6 del 1994.; 390 del 1995; n. 126 del 1997; n. 211 del 1997; n. 416 del 1999; n. 525 del 2000; 446 del 2002.

²⁶⁸ Come spesso la Corte afferma. Vedi sentenze citate in nota precedente, tra cui, in particolare, sent. 390/1995; sent. 416 del 1999 consultabile in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, p. 130 e ss. con commento di A. CELOTTO, *Un importante riconoscimento del principio di «affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica»* o in *Giur. Cost.* 1999, 3641 e ss., con nota redazionale di A. CELOTTO e con commento di P. CARNEVALE, “... Al fuggir di giovinezza ... nel domani s'ha più certezza” (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), *ibidem*, 3643 e ss.. Più recentemente, spiegano le dinamiche del giudizio di ragionevolezza e di tutela del principio dell'affidamento del cittadino nella certezza del diritto, Corte cost., sent. n. 446 del 2002, con cui la Corte dichiara, tra l'altro, infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 41 della Legge n. 335 del 1995, sollevata in riferimento agli art. 2, 3, 36 e 38 cost., nella parte in cui prevede l'applicazione delle relative disposizioni anche al trattamento di reversibilità spettante al coniuge superstite di lavoratore collocato in pensione prima della data di entrata in vigore della legge stessa e in particolare per quello deceduto dopo. La Corte, in tale decisione affermava, ancora una volta che, anche in materia previdenziale, il legislatore può modificare la disciplina di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori solo entro i limiti della ragionevolezza - e può, pertanto, entro questo limite, al fine di salvaguardare equilibri di bilancio e contenere la spesa previdenziale, ridurre trattamenti pensionistici in atto. Tuttavia, escludeva sia la lesione dell'affidamento nella stabilità della relativa disciplina a favore del coniuge del titolare della pensione diretta, la cui qualità di “superstite” si configurava, all'epoca dell'entrata in vigore della legge, in termini di mera eventualità, sia che si potesse argomentare in termini di diritto quesito in riferimento a trattamenti non ancora attivati. Per un primo commento di tale decisione, si rinvia a P. MAURIELLO, *Ancora sul principio dell'affidamento nella sicurezza giuridica*, in *Giur. It.*, 2003, p. 841 e ss.

In materia non pensionistica, si richiama anche, Corte cost., sent. n. 234 del 2007, coerente con l'orientamento giurisprudenziale manifestato nel tempo dalla Corte costituzionale.

mettendo in evidenza le dinamiche del giudizio di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale. In particolare, si può ora anticipare che da tale analisi emerge, da una parte, lo sforzo della Corte costituzionale di ricercare dei limiti da opporre al potere legislativo di introdurre delle modifiche *in pejus* con efficacia retroattive, come appunto il principio di affidamento; dall'altra, lo sforzo dei Giudici costituzionali di individuare delle cause ragionevoli e legittimanti tale potere. Inoltre, da una prospettiva diacronica, si evince che le ragioni dell'equilibrio finanziario vengono sempre più richiamate dalla Corte come cause 'ragionevoli', legittimanti l'introduzione di leggi retroattive. E, proprio rispetto a tali cause, con l'aggravarsi della situazione finanziaria dello Stato, il principio dell'affidamento appare, in tale giurisprudenza, fortemente recessivo.

3.3. L'irrelevanza, nella giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale della distinzione tra leggi innovative e leggi interpretative autentiche. Cenni.

Prima di sviluppare e dimostrare le considerazioni sopra anticipate, mi preme sottolineare un altro aspetto.

In materia previdenziale, il legislatore si è spesso 'servito' di leggi di interpretazione autentica²⁶⁹ e di leggi retroattive. Come è stato da più osservato²⁷⁰,

²⁶⁹ E' difficile, dall'analisi della giurisprudenza costituzionale pervenire ad una definizione univoca di leggi interpretative distinta dalle leggi innovative. Tendenzialmente, infatti, si intendono per leggi di interpretazione autentica sia quelle che si qualificano espressamente come tali, sia quelle in cui la connotazione interpretativa discende dal contenuto normativo della stesse (In tal senso, Corte cost. sentt. n. 155 del 1982; n. 233 del 88; n. 397 del 1994; n. 94 del 1995; n. 376 del 95; 386 del 1996). Guardando poi alla giurisprudenza costituzionale, si possono individuare tendenzialmente due orientamenti: il primo, più rigoroso, in virtù del quale può essere definita legge interpretativa quella legge che, riferendosi e saldandosi con le disposizioni interpretate interviene esclusivamente sul significato normativo di queste ultime, chiarendone esplicitamente il senso, escludendone o enucleandone uno dei due sensi ritenuti possibili al fine in ogni caso di un determinato significato normativo della disposizione interpretata, senza ovviamente intaccarne o integrarne il dato testuale (tra tante, Cfr. Corte cost. sent. n. 233 del 1988; n. 280 del 1990; n. 480 del 1992; n. 424 del 1993; n. 386 del 1996; n. 425 del 2000). Meno rigoroso è l'orientamento secondo cui una legge può essere qualificata interpretativa anche quando impone una scelta ermeneutica che rientri tra i possibili varianti di senso del testo interpretato, imponendo cioè un significato che possa essere ascritto ragionevolmente alla legge anteriore.

Tuttavia, come è noto, si deve sottolineare la tendenza più recente della Corte costituzionale a porre in secondo piano tale distinzione, ribadendo più volte la possibilità del legislatore - statale o regionale - di attribuire efficacia retroattiva a tutte le leggi a prescindere dal fatto che si tratti di un intervento legislativo qualificabile come legge di interpretazione autentica o innovativa. Con la conseguenza che le leggi di interpretazione autentica dovranno rispettare i limiti imposti alla retroattività delle leggi in generale e, pertanto, sarà necessario comunque verificare se "eservitando il potere di chiarire la portata della precedente norma, il legislatore abbia rispettato i principi generali di ragionevolezza e di eguaglianza, quello di tutela e dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento giuridico e quello del rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario". Tra tante, Cfr. Corte cost.

ciò è dipeso e dipende da diversi fattori, quali:

- la natura dinamica della legislazione previdenziale, soggetta all'evoluzione dei diversi indirizzi politico economico e all'evoluzione del complesso quadro del bilancio finanziario pubblico;

- la stessa natura di fattispecie a formazione progressiva del rapporto previdenziale, per il quale non è semplice stabilire il momento in cui un determinato diritto può dirsi acquisito nella sfera giuridico-patrimoniale del singolo lavoratore, trovando spesso applicazione una legislazione intertemporale, gradualistica;

- infine, la complessità e difficoltà di effettuare una comparazione delle diverse posizioni giuridiche sia sul piano intergenerazionale sia sul piano intragenerazionale (con riguardo ai diversi settori economico produttivi e ai diversi regimi previdenziali).

Tuttavia, dall'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale, la Corte costituzionale, nel valutare in merito alla ragionevolezza della retroattività di leggi sopravvenute, peggiorative di trattamenti previdenziali, sembra 'non del tutto interessata' a verificare se la disposizione impugnata abbia natura di norma di interpretazione autentica (retroattiva) o abbia un contenuto innovativo con efficacia retroattiva, in quanto: *"il divieto di retroattività delle leggi, pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell'ordinamento cui il Legislatore ordinario deve di principio attenersi, non è stato elevato a dignità costituzionale salvo per la materia penale. Quindi il legislatore, nel rispetto di tale previsione, può emanare norme con efficacia retroattiva - interpretative o innovative che siano - purchè la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori e interessi costituzionalmente protetti"*²⁷¹.

sent. n. 419 del 2000; n. 525 del 2000, n. 26 del 2003 e n. 376 del 2004. Cfr. anche Corte cost. sent. n. 29 del 2002 in Giur. cost. con nota di PASSAGLIA, *Dalla «diversità nell'indistinzione» all'enunciazione di tests di giudizio propri delle leggi di interpretazione autentica: la Corte varca il Rubicone?*, p. 219 e ss.; Corte cost. sent. n. 374 del 2000, in *Giur. Cost.* 2000 p. 2656 e ss. con nota di A. PUGIOTTO, *Il legislatore interprete e le «colonne d'Ercole» e del giudicato*, p. 2662 e ss.; Corte cost. sent. n. 229 del 1999, con nota di A. PUGIOTTO, *Una vicenda esemplare (in tema di interpretazione autentica e materia tributaria)*, p. 2083 e ss.. Per una ricostruzione in generale dell'istituto, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale si rinvia a G. U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 775 e ss.; A. PUGIOTTO, *La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *Studium iuris*, 1997, p. 64 e ss.

²⁷⁰ Cfr., in particolare G. FERRARO, *Leggi interpretative e leggi retroattive* in R. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del Lavoro e Corte costituzionale già cit.*, p. 43 e ss..

²⁷¹ Così, Corte cost., sent. n. 347 del 2002. Cfr. Anche Corte cost., sent. n. 274 del 2006, con cui la Corte cost. riconosceva l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 1, del D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 24 novembre 2003, n. 236. Tale disposizione interpreta l'art. 9, comma 6, della legge 11 marzo 1988, n. 67 nel senso che le agevolazioni di cui al comma quinto - sgravi contributivi per le imprese

3.4. Diritti previdenziali quesiti, equità intergenerazionale e esigenza di salvaguardare l'equilibrio finanziario e reformatio in pejus. L'orientamento della Corte costituzionale.

Fatta questa premessa, si tratta ora di comprendere come abbia inciso l'esigenza di salvaguardare l'equilibrio finanziario nel giudizio di ragionevolezza di interventi legislativi con efficacia retroattiva in grado di travolgere situazioni giuridiche pregresse.

Dall'analisi giurisprudenziale si può notare, ancora una volta, come la Corte costituzionale si sia mostrata 'sensibile' al momento storico - economico, legittimando, in un crescendo, le scelte discrezionali del Legislatore.

Anche per quanto riguarda la tutela dei diritti quesiti, si può notare, uno iato tra le decisioni pronunciate dalla Corte costituzionale fino agli anni '80 e le decisioni successive.

Guardando, infatti ad alcune decisioni degli anni '80²⁷², si nota ancora un orientamento volto a salvaguardare i rapporti giuridici previdenziali quesiti ed *in itinere*.

La Corte costituzionale, cioè, affermava, in particolare nella sentenza n. 822 del 1988²⁷³, un importante principio per la salvaguardia delle 'aspettative' dei lavoratori:

agricole site nei territori montani o in zone agricole svantaggiate - non sono cumulabili con i benefici di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 1 del D.L. 30 dicembre 1987, n. 536, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 febbraio 1988, n. 48 (sggravio contributivo in favore delle imprese agricole del Mezzogiorno e fiscalizzazione del contributo di malattia in favore delle imprese agricole "tout court"). Il giudice a quo riteneva che la disposizione censurata, pur qualificata come norma di interpretazione autentica, avesse in realtà un contenuto innovativo, comportando la revoca, con efficacia retroattiva, del cumulo dei citati benefici. Pertanto lamentava l'intrinseca irragionevolezza della disposizione.

La Corte costituzionale dichiarava l'infondatezza della questione, escludendo l'irragionevolezza della disposizione, dal momento che, nella norma interpretata, il divieto di cumulabilità delle agevolazioni contributive era, sin dall'inizio, una delle possibili letture. Nella motivazione, però, dopo aver richiamato l'orientamento espresso nella sentenza 347 del 2002, richiamava la distinzione tra legge interpretativa e legge innovativa, aggiungendo che :*"...è proprio sotto l'aspetto del controllo di ragionevolezza che rilevano, simmetricamente, la funzione di interpretazione autentica che una disposizione sia in ipotesi chiamata a svolgere, ovvero l'idoneità di una disposizione innovativa a disciplinare con efficacia retroattiva anche situazioni pregresse in deroga al principio per cui la legge non dispone che per l'avvenire. In particolare, la norma che derivi dalla legge di interpretazione autentica non può ritenersi irragionevole ove si limiti ad assegnare alla disposizione originaria un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario"* (così anche Corte cost. sent. n. 39, 135 del 2006, sent. n. 291 del 2003, da ultima, sent. n. 74 del 2008).

²⁷² In particolare, Corte cost. sent. n. 349 del 1985; sent. n. 307 del 1989; sent. n. 822 del 1988.

²⁷³ Il giudice a quo dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge n. 297/82, nella parte in cui non faceva salva la posizione giuridica del lavoratore il quale, alla data di entrata in vigore della medesima legge, avesse già maturato nell'ultimo decennio prima del pensionamento, il triennio di migliore retribuzione Inps ai sensi dell'art. 26 L. 160/75. Con l'entrata in vigore della legge successiva avente efficacia retroattiva, l'applicazione dei nuovi criteri per il calcolo della

le modifiche peggiorative, consentite anche se incidono su diritti soggettivi perfetti, non possono arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti “*frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza pubblica che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto*”.²⁷⁴

Ad avviso della Corte, dunque, non poteva Dirsi consentita, in quanto irragionevole, una modifica legislativa con efficacia retroattiva :

- che interviene in una fase avanzata del rapporto;
- che interviene quando sia già subentrato lo stato di quiescenza;
- e che , senza un'inderogabile esigenza, peggiori in misura notevole e in maniera

contribuzione volontaria finiva per determinava l'attribuzione di una pensione di gran lunga inferiore rispetto a quella derivante dall'applicazione della normativa precedente. La Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale di tale disposizione.

²⁷⁴ Similmente, Corte cost., sent. n. 349 del 1985. Con tale decisione la Corte costituzionale rigettava per infondatezza, la questione di incostituzionalità degli art. 1, d. l. 23 dicembre 1977, n. 942, convertito nella l. 27 febbraio 1978, n. 41 e 10, l. 3 giugno 1975, n. 160, nelle parti in cui hanno sostituito al sistema della perequazione automatica delle pensioni Inps in misura percentuale all'indice del costo della vita calcolato dall'Istat (di cui all'art. 19, l. 30 aprile 1969, n. 153) un nuovo sistema di perequazione delle pensioni superiori al minimo, recando un appiattimento dei trattamenti pensionistici.

La Corte costituzionale affermava l'ammissibilità di un intervento legislativo in grado di modificare l'ordinamento pubblicistico delle pensioni; tuttavia, sottolineava che non può però ammettersi che tale intervento sia assolutamente discrezionale, “*per cui non è consentita una modifica legislativa che, intervenendo in una fase avanzata del rapporto di lavoro, ovvero quando addirittura è subentrato lo stato di quiescenza, peggiorasse senza un'inderogabile esigenza, in misura notevole e in maniera definitiva, un trattamento pensionistico in precedenza spettante, con la conseguente, irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente maturate dai lavoratori per il tempo necessario alla cessazione della propria attività*”. Tuttavia, per la questione sottoposta, riteneva che non fosse irrazionale l'estensione normativa ai pensionati delle gestioni speciali del sistema di perequazione automatica prevista dall'art. 10 della legge 3 giugno 1975 n. 160, “*perché il sacrificio da essa determinato, da un lato, è strettamente collegato, secondo una valutazione legislativa che non può ritenersi irrazionale, alla necessità di evitare in un momento di grave crisi economica notevoli disparità fra le diverse categorie di pensionati, con le conseguenti tensioni sociali, mentre dall'altro risulta sensibilmente contenuto nelle sue dimensioni quantitative e temporali, dato che il legislatore ha sostituito senza eccessivi indugi il sistema denunciato con altro, più rispondente alle esigenze dei pensionati, ed ha poi altresì provveduto a compensare, sia pure in parte, il mancato incremento patrimoniale verificatosi nel periodo di vigenza della norma*”.

A tutela di posizioni giuridiche *in itinere*, Cfr. anche la sent. n. 307 del 1989 con cui la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'VIII comma dell'art. 3 della legge n. 297/82, nella parte in cui non prevedeva che, in caso di prosecuzione volontaria nell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti da parte del lavoratore dipendente che avesse già conseguito in costanza di rapporto di lavoro la prescritta anzianità assicurativa e contributiva, la pensione liquidata non potesse comunque essere inferiore a quella che sarebbe spettata al raggiungimento dell'età pensionabile sulla base della sola contribuzione obbligatoria. In tal caso, secondo la Corte, la nuova disciplina frustrava la funzione di salvaguardia dei contenuti economici della retribuzione pensionabile percepita in costanza di rapporto di lavoro ove la contribuzione volontaria conseguiva l'effetto di farla decrescere, così vanificando le aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività.

definitiva un trattamento pensionistico in precedenza spettante, con la conseguente, irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività.

In tale sentenza, poi, la Corte costituzionale sembra dare qualche indicazione per decifrare il concetto di “inderogabile esigenza” in virtù della quale appariva legittima una lesione delle situazioni giuridiche pregresse.

Secondo la Corte costituzionale, l'inderogabile esigenza giustificatrice della riduzione del trattamento pensionistico, ormai prossimo a maturazione secondo la legge precedente alla modificazione, non poteva concretizzarsi in ragioni di contenimento della spesa pubblica. Affermava, infatti, la Corte: *“sono di ordine secondario... il conseguimento di un gettito fiscale per coprire di oneri dei trattamenti dovuti anche alle categorie con contribuzione bassa o nulla, secondo il principio solidaristico, nonché l'avvenuta elevazione del tetto pensionabile, l'adeguamento periodico delle pensioni e l'aumento dei trattamenti minimi in una con la necessità di contenimento della spesa previdenziale: ragioni non idonee a giustificare la decurtazione della pensione di quei lavoratori che hanno versato contributi a loro carico, per l'intero o in parte nella legittima aspettativa di conseguire un trattamento pensionistico adeguato.”*, sostenendo poi che *“Valgono per costoro il principio della garanzia e della sicurezza sociale, che è anch'esso di ordine costituzionale (art. 38) oltrechè le ragioni di giustizia sociale e di equità per cui non si possono effettuare riforme o conseguire risultati a danno delle categorie e dei lavoratori...specie di quelli che sono prossimi alla pensione o che sono già in pensione.”*

Con tale sentenza, dunque, il problema si sposta dalla nozione dei diritti quesiti alla individuabilità di limiti alla discrezionalità del Legislatore che la Corte deve valutare nel giudizio di ragionevolezza.

Alla luce di questo primo orientamento, dunque, tra le esigenze inderogabili che da sole potessero comprimere le posizioni giuridiche in itinere o i diritti quesiti, non era annoverato l'esigenza di salvaguardare l'equilibrio finanziario.

Eppure, tali decisioni sembravano segnare una prima cesura rispetto ad precedente orientamento della Corte costituzionale. Se, infatti, con le sentenze n. 210 del 1971 e 36 del 1985, la necessità di tutelare l'affidamento dei cittadini nella certezza del diritto era utilizzate come criterio di decisione, in tali sentenze il principio dell'affidamento viene utilizzato come criterio per valutare la ragionevolezza delle disposizioni di leggi sopravvenute, incominciando, così, ad apparire recessivo, sempre nell'ambito del giudizio di ragionevolezza, rispetto ad

altre 'esigenze inderogabili'²⁷⁵.

Tuttavia, l'atteggiamento della Corte costituzionale muta sensibilmente già all'inizio degli anni '90. In questo arco di tempo, lo stesso Legislatore si trova ad operare una razionalizzazione del sistema previdenziali in una prospettiva più ampia di contenimento della spesa pubblica.

E' da questo momento che la Corte costituzionale incomincia a considerare sistematicamente l'esigenza di contenimento della spesa pubblica alla stregua di una 'inderogabile esigenza' in virtù della quale appare ragionevole, in materia previdenziale, estendere con efficacia retroattiva un trattamento previdenziale peggiorativo introdotto da disposizioni legislative successive.

Ne è un esempio la sentenza n. 240 del 1994 che ha suscitato non poche polemiche in dottrina²⁷⁶. La Corte, con tale decisione, afferma che l'art. 38 Cost. non esclude la possibilità di un intervento legislativo che, per una inderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, riduca il trattamento pensionistico spettante. L'attuazione del precetto costituzionale richiede, secondo la Corte, *“un bilanciamento, modificabile nel tempo a seconda delle circostanze, tra valori personali inerenti alla tutela previdenziali e i principi connessi alla concreta e attuale disponibilità delle risorse finanziarie e dei mezzi necessari per far fronte ai relativi impegni di spesa.”*²⁷⁷

²⁷⁵ Così, R. GINDRE, *Diritti a trattamenti pensionistici e leggi retroattive in pejus*, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 3879. Così, anche M. PERSIANI, *Aspettative cit.*, p. 327.

²⁷⁶ Si pensi ai primi commenti relativi a tale sentenza. In particolare, F. AGOSTANI, *Cronaca di una sentenza annunciata*; P. BARCELLONA, *Diritti sociali e corte costituzionale*; G. CARBONE, *Eguaglianza e finanza, un'aporia da dirimere*; L. ELIA, *Coerenza giurisprudenziale della corte e squilibrio nella finanza pubblica*; G. GIUGNI, *Soddisfazione del diritto costituzionale e intervento legislativo*, C. SMURAGLIA, *Sulla intangibilità dei diritti sociali nel contesto costituzionale, contributi pubblicati*. Tali contributi sono pubblicati in *Riv. Giur. Lavoro*, 1994, p. 317 e ss.

²⁷⁷ In senso conforme ad un orientamento che la Corte aveva iniziato ad affermare con le sentenze n. 260 del 1990 e la sentenza n. 2 del 1994. Lo stesso principio è espresso nella sentenza n. 119 del 1991.

Nella sentenza n. 240 del 1994, in realtà, la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità dell'art. 11 comma 22 l. 24 dicembre 1993 n. 537 (Interventi correttivi di finanza pubblica), nella parte in cui, nel caso di concorso di due o più pensioni integrate o integrabili al trattamento minimo, delle quali una sola conserva il diritto alla integrazione (non risultando superati i limiti reddituali previsti alla data del 30 settembre 1983), prevede la riconduzione all'importo a calcolo dell'altra o delle altre pensioni non più integrabili, anziché il mantenimento di esse nell'importo spettante alla data indicata, fino ad assorbimento negli aumenti della pensione base derivanti dalla perequazione automatica. L'intervento legislativo impugnato, infatti, andava ad incidere sul trattamento di soggetti i quali, sebbene titolari di due o più pensioni, avevano un reddito complessivo inferiore al limite fissato dal d.l. n. 463 del 1983, così che per essi la modifica legislativa finiva per comportare una compressione delle esigenze di vita cui era precedentemente commisurata la prestazione previdenziale. Anche in tal caso, la Corte costituzionale richiamava l'attenzione del Legislatore affinché introducesse una disciplina transitoria che, nel pieno rispetto del principio di solidarietà

Significativo è, poi, quanto affermato nella sentenza n. 390 del 1995. La questione era stata sollevata in relazione,

- all'art. 2, I comma della Legge n. 21 del 1986, nella parte in cui ha prolungato di cinque anni il periodo minimo richiesto per ottenere la pensione di vecchiaia da parte dei dottori commercialisti al raggiungimento del sessantacinquesimo o del settantesimo anno di età, elevandolo rispettivamente a trenta e venticinque anni di effettiva iscrizione e contribuzione alla Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore degli stessi dottori commercialisti,

(sotteso all'art. 38 cost.) coordinato col principio di razionalità-equità (art. 3 cost.), fosse in grado di assicurare un passaggio graduale al trattamento meno favorevole.

L'impatto complessivo di questa sentenza sulla finanza pubblica è stata stimata in circa tredicimila miliardi di vecchie lire. Cfr. M. PERSIANI, *Conflitto industriale e conflitto generazionale (Cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale)*, in ADL, 2006, p.1.e ss..

In materia di ricostruzione dei trattamenti pensionistici in base alla sentenza 240 del 1994 sono state sollevate, anche più recentemente, diverse questioni di legittimità costituzionale. In particolare, si richiama la sentenza di rigetto n. 310 del 2000 con cui la Corte ha dichiarato l'infondatezza della questione di alcune disposizioni della Legge n. 662 del 1996 e della legge n. 448 del 1998. Tali disposizioni erano impugnate nelle parti in cui

- prevedono l'estinzione di ufficio, con compensazione delle spese, dei giudizi pendenti alla data di entrata in vigore delle rispettive leggi - aventi ad oggetto le questioni di cui all'art. 1 commi 181 e 182 della medesima legge n. 662 del 1996, che, in applicazione anche della sentenza n. 240 del 1994:
- prevedono la soddisfazione degli aventi diritto in sei annualità, e che, sugli arretrati maturati al 31 dicembre 1995, sia dovuta esclusivamente una somma pari al cinque per cento dell'importo maturato a tale data,

- privano di effetto i provvedimenti giudiziari non ancora passati in giudicato.

La Corte costituzionale, sottolinea in tale decisione, come in materia di diritti di prestazione, anche costituzionalmente garantiti, va riconosciuta al legislatore la possibilità, quando si tratti di crediti relativi ad epoca anteriore al loro acclaramento - scaturiti da pronuncia di illegittimità costituzionale delle norme che li escludevano e li limitavano -, di prevederne il soddisfacimento con modalità e in misura diverse rispetto ai casi normali, nonchè di intervenire sui processi in corso, instaurati per chiedere il pieno soddisfacimento dei crediti medesimi, imponendone una definizione *ex lege*, per escludere che sia menomato il diritto di azione. Pertanto, secondo la Corte, “è necessario accertare che il nuovo assetto dato dal Legislatore alla materia non si traduca in una sostanziale vanificazione dei diritti azionati, ma attui una nuova disciplina del rapporto, tale da far venire meno le basi del preesistente contenzioso, in quanto realizza - nella misura e con le modalità ritenute dal legislatore compatibili con i limiti, ragionevolmente apprezzati, consentiti dalle circostanze nelle quali esso si è trovato ad operare - le pretese fatte valere dagli interessati?”. La Corte riconosce che le norme denunciate costituiscono l'esito finale di una attività legislativa articolatasi nel tempo, diretta a dare attuazione alle pretese vantate dagli interessati sulla base, in particolare, della sentenza n. 240 del 1994, che ha realizzato un assetto nuovo rispetto alle aspettative creditorie degli interessati. La definitiva quantificazione del dovuto e la congrua procedimentalizzazione della sua erogazione (a causa anche della necessità di predisporre la relativa copertura finanziaria) a detta della Corte “esprimono, infatti, quanto il legislatore, nella sua responsabilità, ha ritenuto possibile fare, in una situazione palesemente eccezionale, onde consentire la concreta realizzazione dei diritti controversi, tenuto conto, nel quadro generale delle compatibilità, del rapporto corrente fra l'ingente entità delle pretese e le effettive disponibilità finanziarie, consentite dalla congiuntura economica del Paese”. In tal senso anche Ord. n. 52 del 2001; ord. 130 del 2001. Per una ricostruzione analitica del quadro normativo e dell'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto dell'integrazione al minimo, Cfr. in particolare, M. D'ONGHIA *op. cit.*; C. COLAPIETRO *op. cit.*

- all' art. 26 commi 1, 2 e 3 legge citata e 9 della Legge n. 45 del 1990, in quanto non includono nel proprio ambito di applicazione gli iscritti che abbiano raggiunto i limiti minimi di iscrizione e contribuzione alla Cassa previsti dalla nuova normativa in un momento successivo ai periodi contemplati dalla disciplina transitoria.

La Corte costituzionale, rigettava la questione in quanto infondata. Anche in tale circostanza, la Corte ribadiva la possibilità per il Legislatore di introdurre, con disposizione ad efficacia retroattiva, un trattamento peggiorativo purchè esso non trasmodi in un regolamento irrazionale, frustrando così l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica; inoltre, affermava che era vero “ *che tale disposizione incide in senso peggiorativo su pregresse posizioni assicurative in itinere, ma è innegabile che il più severo regime dei requisiti di concedibilità delle pensioni trovi razionale giustificazione nell'inderogabile esigenza di assicurare un equilibrato andamento del bilancio.*” ed ovviare, così, all'insorgenza

di notevoli difficoltà finanziarie che avrebbero potuto riflettersi sulla capacità stessa di effettuare in futuro prestazioni pensionistiche a tutti gli aventi diritto.

Sulla stessa linea, si pone la sentenza n. 417 del 1996²⁷⁸. La questione sollevata in relazione, in particolare all'art. 3 Cost., riguardava l'art. 11 comma 16 e 18 della L. n. 537 del 1993 nella parte in cui prevede per i dipendenti con una anzianità contributiva inferiore a 35 anni la riduzione del trattamento pensionistico in proporzione degli anni mancanti al raggiungimento di detto requisito contributivo, escludendo dall'applicabilità della nuova disciplina i dipendenti la cui domanda di pensionamento era stata accolta prima del 15 ottobre 1993.

Anche in tal caso la Corte, avallava le scelte del Legislatore in politica economica e, pertanto, rigettava la questione affermando che “ *non si può escludere la possibilità di un intervento legislativo che per nderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, riduca definitivamente un trattamento pensionistico precedentemente previsto, considerato che esiste il limite delle risorse disponibili e che, in sede di manovra finanziaria di fine anno, spetta al Governo ed al Parlamento introdurre modifiche alla legislazione di spesa, ove ciò sia necessario per salvaguardare l'equilibrio del bilancio dello stato e per seguire gli obiettivi della programmazione finanziaria*”.

Inoltre, secondo la Corte un tale intervento legislativo non ledeva i diritti quesiti degli interessati, i quali, potendo avvalersi della facoltà di revocare la domanda di dimissione già presentata, proseguendo nell'attività lavorativa fino al raggiungimento

²⁷⁸ Si richiamano a tal proposito le considerazioni sviluppate, a commento a tale sentenza, da C. COLAPIETRO, *I trattamenti pensionistici ed il limite delle risorse disponibili nel bilanciamento della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1997, 545 e ss. Di simile tenore, Corte cost. sent. n. 361 del 1996 e ord. n. 422 del 1996.

dell'anzianità contributiva di 35 anni, non avrebbero subito le conseguenze economiche sfavorevoli previste dalla nuova norma. Per di più, considerando la posizione dei soggetti, la cui domanda di dimissione non era stata accolta, rimasti esclusi dagli effetti della salvaguardia delle rispettive posizioni previste nella disposizione censurata (art. 11, comma 18), avallava le scelte del legislatore, nell'assunzione che le aspettative di questi ultimi “ *non erano pervenute a quello stadio di consolidamento ritenuto necessario dal legislatore secondo il non irrazionale criterio da esso seguito nell'ottica della sua opzione*”.

Infine, ancor più incisiva appare essere la sentenza n. 211 del 1997.

Oggetto di tale decisione era l'art. 2 comma 1 lett. a) n. 3) D.L.n. 510 del 1996, convertito dalla L. n. 608 del 1996 nella parte in cui, ai fini del conseguimento del requisito di età per il diritto alla pensione ordinaria a favore degli spedizionieri doganali, fa decorrere il trattamento pensionistico previsto dal medesimo, con efficacia retroattiva, dall'1 gennaio 1994, anziché dall'entrata in vigore del D.L. n. 494 dell'11 agosto del 1994. La norma comportava, così, la revoca per cinque mesi della pensione ordinaria già accordata dal fondo di categoria anche a favore di coloro che avevano maturato il proprio diritto tra il primo gennaio e 11 agosto 1994. Poiché la pensione era concessa solo se lo spedizioniere avesse provveduto alla cancellazione dall'elenco degli iscritti al fondo, esisteva una correlazione tra la maturazione della pretesa della pensione e la cessazione della attività professionale. Per questi lavoratori, dunque, di fatto era impossibile tanto l'accesso al trattamento pensionistico, quanto la riammissione nell'ambito lavorativo.

Il giudice *a quo* lamentava così il mancato rispetto dei canoni di razionalità e ragionevolezza, poichè il Legislatore - innalzando l'età pensionabile - avrebbe inciso sul trattamento pensionistico già concesso, con l'effetto di colpire gli spedizionieri che avessero operato la scelta del pensionamento mediante cancellazione dell'iscrizione. Tale sentenza, salutata dai primi commentatori come un freno al travolgimento dei diritti quesiti in materia previdenziale, in realtà, su alcuni punti, presenta delle contraddizioni²⁷⁹.

La Corte costituzionale, infatti, dichiarava l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata sindacandone la razionalità normativa e affermava che : “la

²⁷⁹ In tal senso S. TORRICELLI, *op. cit.*. Il testo di tale sentenza è consultabile in *Giur. cost.*, 1998 , p. 2120e ss. con commenti di A. CERRI, *Di un'evidente lesione del principio di ragionevolezza ovvero dell'intollerabile contraddizione di un legislatore imprevidente in materia previdenziale*, *op.cit.*, p. 21 33 e ss. e di R. ALESSE, *Note minime (... e non propriamente tecniche, per una sentenza scontata)in tema di bilanciamento tra art.81 e 38 Cost.*, in *rivista cit.*, p. 2135 e ss..

legittima ponderazione tra le ragioni dell'equilibrio di bilancio e quelle dei destinatari delle prestazioni previdenziali ha esorbitato dai limiti della discrezionalità legislativa nell'imporre i nuovi requisiti, in via retroattiva, anche a coloro che, essendo in possesso di quelli statuiti anteriormente alla modifica legislativa, aveva già iniziato a fruire del trattamento di quiescenza”, aggiungendo: “ e – se resta fermo che – anche quando sia iniziata l'erogazione previdenziale- il legislatore, nell'esercizio del suo potere discrezionale, può a salvaguardia dell'equilibrio finanziario, modificare la disciplina pensionistica fino al punto di ridurre il quantum del trattamento previsto, deve escludersi, come è avvenuto nel caso di specie, che possa addirittura retroattivamente eliminare una prestazione già conseguita”.

Questo breve *excursus* sul percorso giurisprudenziale in tema di diritti quesiti porta alcune considerazioni conclusive, di diverso tenore.

La *prima*. Resta confermato quanto sostenuto già in precedenza. La Corte costituzionale dimostra di avallare sempre più una crescente apertura nei confronti delle scelte economiche - politiche assunte in Parlamento. Tuttavia, non rinuncia a sindacarne la legittimità sotto il profilo della ragionevolezza, con la conseguenza che risultano irragionevoli/irrazionali gli interventi legislativi successivi con efficacia retroattiva che vanno a minare definitivamente ‘le garanzie minime della persona’, non sacrificabili rispetto ad altre esigenze pur di rilievo costituzionali. Si tratta di una tendenza confermata anche nella giurisprudenza più recente.

La *seconda*. Il percorso giurisprudenziale sopra delineato evidenzia la preoccupazione di garantire la sostenibilità nel tempo dei diritti sociali, a cui è funzionale, come dimostrato, il principio dell'equilibrio finanziario.

Il fatto stesso che la Corte costituzionale non riconosca la portata costituzionale del diritto ad un determinato regime previdenziale, rimesso, invece, alla discrezionalità del Legislatore, potrebbe essere indicativo del ruolo che, a livello politico e giuridico, gioca il principio di solidarietà - equità intergenerazionale, in virtù del quale non sembrerebbe *giusto né ragionevole* scaricare l'intero onere dei costi del sistema previdenziale sulle generazioni future.

Il fatto, cioè, che la Corte costituzionale abbia legittimato interventi legislativi - introdotti sulla base di valutazioni di opportunità economico-politica - in grado di travolgere, sebbene nel rispetto del criterio della ragionevolezza, anche posizioni giuridiche quesite (superiore ad un livello minimo di garanzia previdenziale) sarebbe la prova dell'esistenza e della ‘forza’ nell'ordinamento giuridico del principio di giustizia distributiva, non solo *intragenerazionale*, ma anche *intergenerazionale*, che richiede la necessaria partecipazione (condivisione di benefici e rischi secondo un

criterio di equità) del singolo individuo al destino della comunità sociale.

Tale tesi sembra trovar riscontro, esplicitamente, in almeno due decisioni della Corte Costituzionale.

Innanzitutto, nella sentenza n. 2 del 1994²⁸⁰ con cui la Corte costituzionale dichiara l'inaammissibilità del *referendum* relativo all'abrogazione della normativa sul riordino del sistema previdenziale dei lavoratori pubblici e privati, contenuta nel Decreto legislativo n. 503 del 1992 di cui era stata chiesta sia l'abrogazione dell'intero testo sia l'abrogazione di alcuni parte (per esempio, relative all'innalzamento dell'età pensionabile, alla restrizione della cumulabilità della pensione con redditi di lavoro dipendente).

Sebbene l'inaammissibilità del *referendum* abrogativo fosse stata dichiarata in quanto oggetto della richiesta era una normativa collegata alla legge finanziaria e, pertanto, sottratta ai sensi dell'art. 75 Cost. dal *referendum* abrogativo²⁸¹, la Corte costituzionale riteneva che tale intervento legislativo avesse l'obiettivo "*di dare sicurezza ai pensionati attuali e futuri sulla tenuta finanziaria del sistema stesso*" e dunque "*volta al perseguimento di un interesse generale che prescinde da quello dei singoli soggetti*"²⁸².

Ancor più esplicitamente, la dimensione futura viene richiamata, infine, dalla Corte nella sentenza n. 390 del 1995 (a cui si è già fatto cenno) in cui il trattamento meno favorevole introdotto successivamente dal legislatore appare alla Corte ragionevole in quanto giustificato dalla "inderogabile esigenza di assicurare un equilibrato andamento del bilancio", per ovviare "*all'insorgenza di notevoli difficoltà finanziarie ...che avrebbero potuto riflettersi sulla capacità stessa di effettuare in futuro le prestazioni pensionistiche a tutti gli aventi diritto*".

4. Equilibrio finanziario e tecniche decisorie della Corte costituzionale. Un breve excursus.

Le ragioni sottese a far prevalere la salvaguardia dell'equilibrio finanziario

²⁸⁰ Consultabile in *Giur. Cost.*, 1994, p. 9 e ss. con commento di G. GEMMA, *Leggi di bilancio e referendum: un altro mutamento della mappa dell'abrogazione popolare*, in *Rivista cit.*, p. 22 e ss.

²⁸¹ Come osservato anche da G. GEMMA, *op. cit.*, la motivazione della decisione della Corte era costruita su una interpretazione estensiva della 'legge di bilancio'. Come è noto, secondo la Corte costituzionale, l'esclusione delle leggi di bilancio dal *referendum* abrogativo ex art. 75 Cost., deve intendersi riferita alle leggi di approvazione del bilancio pluriennale dello Stato, nonché alla legge finanziaria, ma implica, altresì, la non sottoponibilità a *referendum* delle leggi collegate alla finanziaria che "*al di là della loro qualificazione formale, presentino, nei singoli casi, effetti così strettamente connessi all'ambito di operatività delle leggi di bilancio, da non essere suscettibili di valutazioni frazionate ed avulse dal quadro delle compatibilità finanziarie generali*".

²⁸² Così, M. PERSIANI, *aspettative cit.*, p. 329 e ss.; Cfr. anche C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi cit.*, p. 261 e ss.; L. MENGONI, *I diritti sociali cit.*, p.1.e ss.

emergono anche guardando alle tecniche decisorie utilizzate nel tempo dalla Corte costituzionale le quali sono indicative di un crescente *self restraint* da parte dei Giudici costituzionali rispetto alla discrezionalità del Legislatore e rispetto alla problematica della limitata disponibilità delle risorse finanziarie.

Valutando il ruolo della Corte costituzionale dagli anni '90 ad oggi, si evince come la stessa abbia ricercato ed elaborato “*strumenti decisionali intermedi e comunque diversi e sofisticati rispetto a quelli paradigmatici delle decisioni di puro e semplice rigetto o di accoglimento*”²⁸³. Si tratta di tecniche attraverso cui, da una parte, la Corte ha saputo ridurre l'impatto delle stesse sue pronunce sulle finanze dello Stato; dall'altro, hanno favorito un dialogo con gli altri Organi costituzionali, in particolare con il Parlamento - sovente richiamato a porre rimedio a vuoti normativi - e con i Giudici comuni.

Esse sono espressioni di attività creatrice ‘non anomala’ della Corte costituzionale: il suo ruolo, infatti, “*non è comprimibile entro i confini ristretti dell'attività giurisdizionale*” - come sarebbe, invece, credendo ad “*una netta distinzione tra la sfera del governaculum della iurisdictio*”²⁸⁴ - ma è, più ampiamente, quello di mediatrice dei conflitti sociali, di garanzia, di promozione e interpretazione ‘nel tempo e nonostante il tempo’ dei valori costituzionali²⁸⁵; ruolo che, specie in ambito previdenziale, Il Giudice delle leggi ha dimostrato di esercitare con grande pragmatismo e dinamismo, cercando di non creare ‘attrito’ con l'attività del Legislatore, occupato nella realizzazione di politiche di contenimento della spesa pubblica.

4.1. *Le sentenze che costano: aspetti problematici del rapporto tra sindacato di legittimità e art. 81 quarto comma Cost.*

Nella prima fase della sua attività, la Corte costituzionale ha assecondato la logica espansiva dello Stato sociale: attraverso sentenze di accoglimento ‘secco’ o attraverso sentenze additive²⁸⁶, infatti, ha cercato di estendere via via le garanzie

²⁸³ Così F. MODUGNO, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 18. Cfr. anche R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il Legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano 1993.

²⁸⁴ L'espressione è di R. PINARDI, *L'Horror vacui cit.*, p. 16.

²⁸⁵ Cfr. In tal senso, N. OCCHIOCUPO, *op. cit.*; F. MODUGNO *op. cit.*; R. PINARDI, *op. cit.*.

²⁸⁶ Il dibattito in merito all'ammissibilità delle decisioni additive, in generale, creative di diritto, è stato piuttosto acceso. Da una parte, si è sviluppato l'orientamento dottrinale che avalla l'utilizzo di tale strumento decisorio da parte della Corte costituzionale, in quanto essa svolge un ruolo politico,

previdenziali ad una cerchie di lavoratori sempre più ampie, manifestando favore verso un livellamento dell'eguaglianza 'verso l'alto' e interpretando in modo

in senso ampio, di mediatrice dei conflitti sociali. Secondo questo orientamento, infatti, la Corte costituzionale si trova a svolgere *“un ruolo di legislatore positivo parallelo e complementare a quello del Parlamento”*. In tal senso, può avvalersi per il raggiungimento dei suoi scopi, di strumenti duttili, attraverso cui può essere manipolato il dato normativo al fine di evitare vuoti normativi. (Cfr. F. MODUGNO, *Ancora su controversie cit.*, 1988. Sul ruolo politico della Corte, si rinvia a N. OCCHIOCUPO, *op. già cit.*).

Lo stesso V. CRISAFULLI sottolineava come le sentenze manipolative autoapplicative, sono nate dall'esigenza di colmare le lacune normative presenti nell'ordinamento giuridico. Tuttavia, è proprio questo Autore che ricorda come la norma espressa nella pronuncia additiva non è creata dal nulla, ma è esplicazione di principi, di norme già presenti nell'ordinamento costituzionale: secondo la sua celebre definizione, si tratta di creazione a *“rime obbligate”*, con la conseguenza che la Corte costituzionale pronuncia una sentenza additiva nei casi di scelta obbligata, mentre, dovrebbe arrestarsi di fronte ad una decisione che invade la sfera discrezionale del Legislatore. (Cfr. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni* in N. OCCHIOCUPO (a cura di) *op. cit.*; *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984 p. 402 e ss., il quale dopo aver spiegato che le sentenze additive dichiarano l'illegittimità costituzionale della omessa previsione di qualche cosa che avrebbe dovuto essere prevista dalla legge, ribadisce che : *“ La Corte non crea essa, liberamente (come farebbe il legislatore) la norma, ma si limita a individuare quella – già implicata nel sistema, e magari addirittura ricavabile dalle stesse disposizioni costituzionali ... - mediante la quale riempire immediatamente la lacuna che altrimenti resterebbe aperta nella disciplina della materia, così conferendo alla pronuncia adottata capacità autoapplicativa. Una legislazione, se proprio così vuol dirsi (ma descrittivamente) ‘a rime obbligate’, che... per ciò solo, vera legislazione non è”* (p. 408).

Similmente, C. MORTATI (*Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del Legislatore*, in *Raccolta di scritti*, III: *problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, p. 928 e ss.) il quale distingueva tra omissioni legislative assolute (quando in presenza di un precetto costituzionale si riscontra la totale assenza di norme ordinarie indispensabili alla sua attuazione) e omissioni relative (quando la Costituzionale è attuata solo parzialmente, con conseguente lesione del principio di uguaglianza). Secondo l'Autore, la Corte Costituzionale nell'azione di adeguamento dell'ordinamento alla Costituzione, ha così non solo il diritto ma anche il dovere di intervenire laddove il legislatore non abbia dato attuazione ad un principio costituzionale e di formulare essa stessa, se necessario, la norma mancante.

Inoltre, vi è chi, muovendo da tale distinzione giunge a sostenere che:

- se la norma omessa è costituzionalmente obbligatoria, è la stessa mancanza della norma a costituire un vizio di legittimità costituzionale;
- viceversa se la norma omessa non è costituzionalmente obbligatoria, si avranno omissioni di secondo grado (quando cioè il legislatore, nel disciplinare un certo istituto senza esservi costretto dall'obbligo di attuare un precetto costituzionale, omette di rispettare il principio di parità di trattamento di cui all'art. 3 Cost.). In tale caso, *“la Corte non si troverà più nella situazione di dover scegliere forzatamente tra l'impiego dell'additiva e la rinuncia ad eliminare l'incostituzionalità: la decisione di espungere dall'ordinamento l'intera norma viziata da incostituzionalità per omissione (relativa) non sarà più preclusa dalla sua obbligatorietà costituzionale”*. Così, E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa “che non costino”*, Torino, 1991 a cui si rinvia anche per la ricostruzione del dibattito dottrinale in merito all'ammissibilità delle sentenze additive.

Dall'altra parte, invece, vi è chi, secondo invece una concezione più rigorosa sullo stesso ruolo giurisdizionale della Corte costituzionale, ha sostenuto che alla Corte non sarebbe consentito alcun intervento additivo: se la norma non fosse ricavabile dall'ordinamento giuridico, spetterebbe al solo legislatore introdurla; se, viceversa, la norma fosse comunque presente nell'ordinamento giuridico allora spetterebbe ai giudici comuni e non alla Corte costituzionale esplicitarla. (Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, p. 106 e ss.).

estensivo (ed espansivo) il dettato costituzionale.

In particolare, hanno gravato sul bilancio statale le diverse sentenze additive di prestazione, di cui la Corte costituzionale si è a tal fine servita (specie negli anni '70 con una ripresa a fine '80) e che, come noto, da una parte, determinano l'acquisto, a favore di determinate categorie di soggetti, di un diritto a contenuto patrimoniale o a prestazione di servizi dal cui godimento erano, per previsione legislativa, esplicitamente o tacitamente, escluse; dall'altra, fanno sorgere in capo al Legislatore un obbligo di *dare* o di *facere*, con gravi ripercussioni sulla situazione finanziaria dello Stato²⁸⁷.

Proprio la forte e grave incidenza sullo stato delle finanze pubbliche di tale sentenze, ha fatto sorgere in dottrina un dibattito circa il rapporto tra sindacato di costituzionalità e principio di copertura finanziaria prevista ai sensi dell'art. 81, IV comma Cost., ipotizzando un assoggettamento della Corte a tale disposizione con conseguente configurabilità o di un divieto di emettere sentenze produttive di nuove o maggiori spese o dell'obbligo da parte del Giudice delle Leggi di indicare i mezzi per farvi fronte.²⁸⁸ Ipotesi, che, secondo una interpretazione del dettato costituzionale fornito a più voci dalla dottrina, si è esclusa²⁸⁹. Questo non significa

²⁸⁷ Così, L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981 – luglio 1985)*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I Padova, 1985, p. 314 e ss.

²⁸⁸ Per la ricostruzione del dibattito si rinvia a AA.VV. *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u. c. della Costituzione. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991*. Milano, 1993.

²⁸⁹ Avvalendosi di un'argomentazione *a contrario* vi è chi, come M. LUCIANI (*Art. 81 della costituzione e decisioni della Corte costituzionale* in AA. VV. *Le sentenze cit.* p. 53 e ss.) arriva a confutare le diverse tesi favorevoli all'estensione della disposizione costituzionale all'attività della Corte. L'autore passa in rassegna cinque argomentazioni:

- Secondo la tesi formulata da D. SORACE, tesa a dimostrare che l'art. 81 cost riguarderebbe anche l'attività della Corte, si è sostenuto che tale disposizione sia applicabile solo in riferimento alla legge in un'accezione tecnico formale, come legge parlamentare; solo con legge cioè sarebbe possibile scegliere i mezzi di copertura delle spese. Con la conseguenza che sarebbe preclusa alla Corte costituzionale adottare pronunce che alterino l'equilibrio legislativo (parlamentare) spese / entrate e dunque in grado di minare l'autonomia degli organi competenti (Parlamento – Governo) a decidere il reperimento e l'allocazione delle risorse finanziarie. M. LUCIANI, muovendo dall'ambiguità della disposizione (da cui si può dedurre “*sia che la previsione delle nuove spese è riservata alla legge sia che solo alla legge è imposto il dovere di indicare la copertura necessaria a far fronte a spese nuove o maggiori*”), ritiene tale argomentazione poco convincente in quanto si arriverebbe “*all'inaccettabile conseguenza che, a parte la legge, nessun altro atto, pur produttivo di diritto, potrebbe mai contenere previsioni normative comportanti spese obbligatorie*” (dovendo essere dichiarato inammissibile, per esempio, anche la richiesta referendaria volta a tal fine);

- secondo un altro orientamento, il termine legge richiamato all'art. 81, sarebbe da intendersi come qualsiasi atto produttivo di diritto, con la conseguenza che la Corte, pur potendo emettere sentenze costose, dovrebbe indicarne la copertura finanziaria. Un'atale tesi, secondo M. Lucani non tiene conto del permanere di una irriducibile diversità tra legge e sentenza;

però, che la Corte costituzionale debba essere insensibile al problema della razionalizzazione delle risorse finanziarie disponibili. Da questo punto di vista, è fortemente condivisibile il pensiero di G. ZAGREBELSKY, secondo il quale: l'art. 81 Cost. “*non si applica alla Corte in quanto regola di competenza, dalla quale possa derivare una diminutio dei suoi poteri quanto siano in gioco conseguenze incidenti sul bilancio. Ma, poiché essa esprime un principio...di diritto costituzionale, ad essa, come a qualsiasi altra norma della Costituzione, deve essere dato il dovuto rilievo nel momento in cui la Corte fa uso dei propri*

- secondo invece un terzo orientamento tesi, l'art. 81 fisserebbe un principio generale di equilibrio finanziario operante anche per la Corte costituzionale, dando così, secondo l'autore “*per demonstratum il demonstrandum*”;

- vi è chi poi sostiene che lo *spending power* sia riservato agli organi politici, democraticamente legittimati (con esclusione dunque della Corte costituzionale che non godrebbe di legittimazione democratica). Secondo l'Autore, la carenza di legittimazione democratica della Corte dovrebbe essere evocata sempre, con la conseguenza che la stessa funzione di garanzia neutrale della Costituzione verrebbe paralizzata;

- infine, secondo altri, la Corte non potrebbe emettere sentenze che producono “*l'effetto di far costare una legge*” più di quanto il legislatore stesso non abbia previsto, dato che l'art. 81 impone con chiarezza al legislatore l'obbligo di copertura finanziaria delle spese. Così facendo “*qualsiasi fatto economico che provocasse un'alterazione verso il basso dei costi delle entrate rederebbero costituzionalmente illegittime le leggi di spesa che a queste fanno riferimento per la propria copertura.*

Secondo M. LUCIANI, dunque, per contenere gli effetti delle sentenze costose, alla Corte non resterebbe che fare ricorso al suo ‘arsenale’, agli strumenti processuali e alle tecniche decisorie in grado di limitare i costi delle proprie decisioni. L'art. 81 è dunque inapplicabile alla Corte, sia perché gli si imporrebbero così facendo dei limiti che andrebbero a inficiare il suo ruolo di “*incrinare i principi e le esigenze dello stato sociale offrendo ai diritti sociali una piena protezione di livello costituzionale*” sia perché si finirebbe per collocare sullo stesso piano il giudice costituzionale e il legislatore.

In modo non dissimile A. PIZZORUSSO, *Comunicazione, in op. cit.* secondo cui se tale disposizione fosse realmente operante per la Corte costituzionale, ne risulterebbe un corrispondente limite all'azionabilità dei diritti costituzionali.

V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del parlamento*, in AA.VV., *op. cit.*, p. 25 e ss. che, pur richiamando le diverse tecniche decisorie alternative alle sentenze che costano, ipotizza, per fronteggiare le conseguenze finanziarie di tali decisioni, un potere-dovere da parte del Parlamento e del Governo, di provvedere in modo che l'allocazione delle risorse decisa tenga conto del sopravvenire di fabbisogni di spesa, che siano prodotte da legittime decisioni di altri attori del sistema (tra cui, la Corte costituzionale).

A conclusioni non così univoche, giunge F. DONATI, *Tutela dei principi costituzionali e rispetto delle decisioni di bilancio* AA.VV., *op. cit.*, p. 309 e ss. il quale esalta il ruolo della Corte costituzionale nel bilanciamento dei valori in gioco alla luce del criterio di ragionevolezza e difende l'attività creatrice della Corte, puntando il dito verso un legislatore che troppo spesso legifera per eccezioni o per casi singoli secondo valutazioni di comodo.

Infine, A. ANZON, *Nuove tecniche di decisioni di questioni di costituzionalità e attuazione dell'art. 81 quarto comma cost.*, in AA.VV., *op. cit.*, p. 247 e ss. che, rifacendosi a quanto sostenuto da G. ZAGREBELSKY ritiene non esistere una soluzione unica, valida in tutti i casi. Secondo tale autore, si deve guardare alla fattispecie concretamente poste all'esame della Corte a fronte della quale la Corte dispone di una varietà di strumenti da utilizzare e richiama la necessità che la Corte motivi “*adeguatamente di volta in volta, la scelta del tipo di decisione affinché la sua giurisprudenza abbia un grado sufficiente di prevedibilità*”.

poteri...- L'art. 81 u.c. Cost., in breve, non si applica alla Corte come norma di competenza che disponga qualcosa circa l'an dei suoi poteri, ma certamente è rilevante rispetto al modo del loro esercizio cioè al quomodo. In questo senso, sarebbe forse errato dire che esso si applica alla Corte costituzionale, ma è certo corretto dire che si riferisce (anche) ai contenuti delle decisioni della corte costituzionale."²⁹⁰. Tale articolo, dunque, è espressione di un principio generale che, come già anticipato, ha condizionato nel tempo l'atteggiamento della Corte costituzionale.

4.2. Le alternative alle sentenze che costano.

Superata la fase in cui appariva preminente garantire le riforme previdenziali, la Corte ha cercato di limitare l'uso delle sentenze additive tradizionali o sostitutive con cui la stessa si trovava ad esercitare un potere di supplenza del Legislatore e lo ha fatto, sia ricorrendo alle pronunce additive solo se 'a rime obbligate' sia pronunciando decisioni di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del Legislatore, sia ricorrendo spesso a sentenze monitorie con cui veniva dichiarata l'infondatezza delle questione o la stessa inammissibilità, invitando, contestualmente, il Parlamento ad intervenire per modificare la disciplina oggetto di questione di illegittimità costituzionale e facendo seguire la sentenza monitoria, solo in caso di inerzia prolungata, da una pronuncia caducatoria o additiva. (cd. Tecnica della 'doppia pronuncia')

Consapevole del fatto che spesso il monito contenuto in tali decisioni rimaneva disatteso, la Corte ha elaborato, specie durante gli anni '90, altre tipologie di sentenze, in grado più efficacemente di attenuare la conflittualità che poteva sorgere con altri organi costituzionali e di contenere le ripercussioni di tali sentenze sull'assetto finanziario statale. Tra queste si possono annoverare le seguenti tipologie.

4.2.1. Le decisioni di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata".²⁹¹

Si tratta di decisioni con cui la Corte, pur riconoscendo l'illegittimità della disposizione legislativa impugnata, " *non conclude in maniera logicamente conseguente l'iter argomentativi pregresso*"²⁹² mediante una declaratoria di illegittimità costituzionale, ma

²⁹⁰ Cfr. G. ZABREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali* in AA.VV., *op. cit.*, p. 99 e ss.

²⁹¹ Secondo una definizione di R. PINARDI, *La sentenza n. 256 del 1992 e l'efficacia monitoria delle decisioni di rigetto con accertamento di incostituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 1992, p.1988; ID., *La Corte, I giudici ed il Legislatore cit.*, p. 71 ess.; più recente ID., *L'Horror vacui cit.*

²⁹² R. PINARDI, *L'Horror vacui cit.*, p. 88 e ss.

si pronuncia sull'inammissibilità o sull'infondatezza della questione, invitando il Legislatore ad adeguare la disciplina impugnata al dettato costituzionale, pena, in futuro, la pronuncia caducatoria della medesima disposizione.

Come è stato osservato, questa tecnica risponde in realtà al principio di continuità: la Corte preferisce mantenere in vigore una normativa viziata piuttosto che provocare un vuoto normativo all'interno dell'ordinamento giuridico.

All'interno di tale categoria di decisione, anche in materia previdenziale, è possibile, accogliere la distinzione operata da una parte della dottrina²⁹³ tra decisioni con cui la Corte pur accertando il vizio di incostituzionalità, e lanciando un monito al Legislatore, si pronuncia per l'inammissibilità o per la manifesta infondatezza della questione²⁹⁴, adducendo come unica giustificazione la scelta di non invadere la sfera di discrezionalità politica riservata al Legislatore e con decisioni di rigetto con accertamento di incostituzionalità con cui la Corte motiva il rigetto della questione, degradando la disposizione censurata a normativa meramente temporanea di una determinata disciplina²⁹⁵.

Esempio paradigmatico di tale tipologia di decisione in materia previdenziale è rappresentata dalla sentenza n. 431 del 1993²⁹⁶.

Tale sentenza, si inserisce nell'ambito della problematica delle prestazioni previdenziali indebite. Infatti, risale nel tempo l'esigenza di tutelare il pensionato anche dal rischio di dover restituire all'ente previdenziale somme indebitamente riscosse, quando le abbia ricevute in buona fede e sulla base di un provvedimento formalmente ineccepibile.

La prima disposizione in materia risale al r.d. n. 1422 del 1924 che conteneva una

²⁹³ R. PINARDI, *La Corte, I giudici ed il Legislatore cit.*, p. 80 e ss.

²⁹⁴ La differenza tra inammissibilità e manifesta infondatezza della questione è ben spiegata da L. CARLASSARE, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza, cit.*, p. 302 e ss., secondo cui: “Nella decisione di manifesta infondatezza non si è in presenza di un giudizio negativo nei confronti del legislatore, la cui scelta può anche essere opinabile, ma rientra appunto nella sfera di discrezionalità costituzionalmente insindacabile. Decisioni nelle quali, in definitiva viene confermata se non la bontà delle scelte...la sua legittimità” Viceversa, con una pronuncia di inammissibilità, la Corte secondo l'autrice non ‘assolve’ il Legislatore, non fornisce un avallo di costituzionalità a leggi, la cui compatibilità con i principi costituzionali è talora dubbia.

²⁹⁵ Come fa, per esempio, nella sentenza n. 252 del 1992 consultabile su *Giur. Cost.*, 1992, con nota di R. PINARDI, *La sentenza n. 256 cit.*, p. 1988 e ss.

²⁹⁶ Cfr. anche Corte cost., sent. n. 125 del 1992; sent. n. 378 del 1993; 57 del 1993; La sentenza n. 431 del 1993 è consultabile in *Giur. Cost.*, 1993 con nota di R. PINARDI, *Osservazioni a margine di inammissibilità (ovvero quando la Corte utilizza la necessità di rispettare la discrezionalità legislativa quale argomento non pertinente)*, p. 3559 e ss. Per una ricostruzione più dettagliata del regime dell'indebito previdenziale si rinvia a M. D'ONGHIA, *op. cit.* p. 232 e ss.; F. MIANI CANEVARI, *op. cit.*, p. 50 e ss.

previsione di irripetibilità delle somme indebitamente percepite in buona fede dal pensionato (ritenendola consentita solo in caso di dolo dell'interessato) in deroga a quanto sancito dall'art. 2033 cc.. Con la sentenza n. 383 del 1990, la Corte costituzionale riteneva conforme al dettato costituzionale tale previsione normativa. Successivamente, per ovviare ad ogni dubbio interpretativo, ai sensi dell'art. 52 della legge n. 52 del 1989, veniva espressamente stabilito il principio l'irripetibilità delle somme riscosse in buona fede in ogni ipotesi di indebito, conseguente ad ogni possibile atto o fase di gestione del rapporto pensionistico, salvo per l'appunto, il dolo dell'interessato. Regime che ha subito un ulteriore modifica per effetto dell'art. 13 della Legge n. 412 del 1991 il quale introduceva dei nuovi limiti all'operatività del principio dell'irripetibilità. Tale disposizione veniva dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale con sentenza n. 30 del 1993 , nella parte in cui estendeva la sua applicazione anche ai rapporti sorti precedentemente all'entrata in vigore della legge o a quel momento ancora pendenti.

Nello stesso anno, la Corte emana la sentenza n. 431. La questione di legittimità costituzionale sottoposta in riferimento all'art. 3 e 38 Cost., riguardava l'art. 6 comma 11-*quinquies* della Legge n. 638 del 1983 , nella parte in cui autorizza le gestioni previdenziali, tra cui l'Enasarco, a procedere al recupero sul trattamento di pensione delle somme erogate in eccedenza anche quando percepite dall'interessato in buona fede. In tal caso, infatti, la Corte costituzionale:

- da una parte,accerta l'incostituzionalità della disposizione impugnata, riconoscendo l'esistenza in materia previdenziale del principio ormai consolidato dell'irripetibilità degli indebiti previdenziali , riconosce la violazione rispetto all'art. 3 Cost, in quanto tale principio risulta essere esteso anche ai dipendenti pubblici e alle pensioni di guerra,

- dall'altra, però, dichiara la questione inammissibile in quanto una pronuncia additiva, come richiesta dal giudice a quo troverebbe un ostacolo nella pluralità delle scelte possibili in ordine alla disciplina che dovrebbe sostituire quella viziata, cosicché “ *l'individuazione della soluzione più idonea ad eliminare la situazione non in sintonia con la Costituzione resta riservata al Legislatore*” al quale rivolge “*un invito a provvedere al riguardo con opportuna sollecitudine.*”

E' evidente che la Corte ha, così ovviato ad una pronuncia di accoglimento della questione che, non accompagnata da un 'intervento ricostruttivo' del Legislatore, avrebbe impedito alle gestioni previdenziali di procedere a qualsivoglia recupero di somme erogate in eccedenza, con possibili ripercussioni di carattere finanziario sul

bilancio statale²⁹⁷.

Tale tecnica decisoria, tuttavia, ha suscitato diverse critiche. Si è ritenuto, infatti, che così facendo la Corte costituzionale finisca per disattendere i diritti delle parti costituite nei giudizi a *quibus* e finisca per compromettere la stessa coerenza complessiva dell'ordinamento giuridico. Dubbi, poi, si sono posti in merito all'efficacia monitoria di questa tecnica: l'accertamento di illegittimità costituzionale non accompagnata da una pronuncia caducatoria, finisce per depotenziare il monito rivolto al legislatore il quale non potrà dirsi giuridicamente vincolato ad esso, assumendo, casomai tale monito, un significato più politico²⁹⁸.

4.2.2. *Le decisioni di costituzionalità provvisoria, di incostituzionalità sopravvenuta o differita.*

Altra tipologia di tecnica decisoria in materia previdenziale è rappresentata da quelle decisioni con cui la Corte costituzionale mira a 'manipolare gli effetti temporali' delle stesse pronunce di illegittimità costituzionale e a limitare nel tempo l'efficacia retroattiva riconosciuta delle sentenze di accoglimento²⁹⁹, "lasciando

²⁹⁷ Così R. PINARDI, *Osservazioni a margine di inammissibilità cit.*, p. 3559. Per completezza, bisogna sottolineare come la materia ha subito un'evoluzione normativa: l'art. 1, comma 260 e 261 della Legge n. 662 del 1996 regola esclusivamente gli indebiti erogati prima del 1996 prevedendo, anche per tale ambito il criterio della "prova dei mezzi", secondo il quale l'irripetibilità o la limitata ripetibilità è collegata alla misura del reddito imponibile dell'interessato nel 1995. Successivamente, per effetto della Legge n. 448 del 2001 (art. 38 comma 7,8) si è escluso il recupero di somme indebitamente erogate per prestazioni pensionistiche a soggetto percettori di un reddito inferiore ad un certo limite previsto per l'anno 2000.

Tali disposizioni sono state sottoposte al vaglio della Corte costituzionale, nella parte in cui prevedono che nei confronti di chi abbia percepito indebitamente prestazioni pensionistiche a carico degli enti pubblici di previdenza obbligatoria, per periodi anteriori rispettivamente al 1 gennaio 1996 e al 1 gennaio 2001, non si fa luogo al recupero dell'indebito qualora il reddito personale imponibile ai fini IRPEF per l'anno 1995 sia pari o inferiore a £ 16.000.000 e per l'anno 2000 sia pari o inferiore a euro 8.263,31 e che, in caso di reddito superiore, l'indebito è irripetibile nei limiti di un quarto dell'importo riscosso. Con sentenza n. n. 1 del 2006, la Corte costituzionale ritenendo tale disposizione ragionevole, sia perché non incidere in modo costituzionalmente rilevante sulle situazioni di pensionati a reddito non elevato sia perché la retroattività delle disposizioni non va a ledere l'affidamento dei cittadini nella certezza del diritto, in quanto "la necessità di proteggere l'affidamento del pensionato non implica una disciplina unica dell'indebito previdenziale; riconoscendosi la discrezionalità del Legislatore nella individuazione degli strumenti più idonei a garantire ai pensionati a basso reddito un congruo livello di tutela, in un generale quadro di compatibilità, si afferma anche la legittimità delle limitazioni affidate al criterio reddituale". Così F. M. CANEVARI, *op. cit.*, p. 52.

²⁹⁸ Così, R. PINARDI, *opere citate*; M. D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 109 e ss.

²⁹⁹ Per l'analisi di tale tipologia di sentenza, si rinvia a R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il Legislatore cit*; ID., *L'Horror vacui cit.*; M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano 1993; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997. Sulle decisioni di costituzionalità provvisoria, Cfr. A. PISANESCHI, *Le sentenze di costituzionalità provvisoria e di incostituzionalità non dichiarata la transitorietà nel giudizio costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1989, p. 601.

intravedere ipotesi di situazioni di incostituzionalità graduabili in relazione al fattore tempo". Si tratta di tecniche guardate con favore da parte della dottrina in quanto in grado di circoscrivere efficacemente le ricadute finanziarie di una sentenza di accoglimento secca o con dispositivo additivo e soprattutto perché *"il limite agli effetti retroattivi dell'annullamento... si presenta non come oggetto di un autonomo potere di disposizione da parte della Corte degli effetti delle sue pronunce... ma come naturale conseguenza del tipo di vizio accertato"* insorgendo cioè a seguito del *"sopravvenire di nuove norme, di nuove situazioni di fatto o del superamento del principio di gradualità nell'attuazione costituzionale"*³⁰⁰.

IL riferimento va, innanzitutto, alle sentenze di incostituzionalità 'sopravvenuta' o altrimenti dette sentenze di incostituzionalità 'differita' o 'data' in cui la Corte costituzionale individua un *dies a quo* da cui far decorrere gli effetti dell'illegittimità costituzionale. O meglio: dopo aver accertato il vizio di incostituzionalità, allo scopo di differire l'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento *"avvicina dal passato al presente tale dies a quo, dichiarando quindi nel dispositivo che il vulnus, in realtà, si è determinato solo a partire da un momento successivo a quello del suo effettivo manifestarsi"*³⁰¹, spostando in avanti, pro futuro, gli effetti caducatori della decisione.

Un esempio di tale tipologia di sentenza può essere rappresentata dalla sentenza n. 501 del 1988 già analizzata³⁰² o dalla sentenza n. 1 del 1991 con cui la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost., dell'art. 3, 1° comma, D. L. n. 379 del 1987 convertito, con modificazioni, nella L. n. 468 del 1987 (recante misure urgenti per la concessione di miglioramenti economici al personale militare e per la riliquidazione delle pensioni di dirigenti civili e militari dello stato e del personale ad essi collegato ed equiparato) nella parte in cui non disponeva che la prevista riliquidazione delle pensioni si estendesse, a cura delle amministrazioni competenti, a decorrere dal 1° marzo 1990, anche al personale

³⁰⁰ Cfr. A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1992, p. 3199 e ss.

³⁰¹ Così R. PINARDI, *L'Horror vacui*, cit., p. 117 e ss. Proprio questo autore, però, distingue tra sentenze di incostituzionalità differita e sentenze di incostituzionalità sopravvenuta in senso stretto, ricomprendendo in quest'ultima categoria, le sentenze con cui la Corte costituzionale accerta e dichiara che il contrasto con il dettato costituzionale si è verificato in un momento successivo rispetto a quello dell'entrata in vigore della disciplina censurata, sia perché il vizio di illegittimità è ascrivibile ad un accadimento puntuale, collocabile in un preciso momento temporale (es. sent. n. 119 del 1981 riguardante un'ipotesi di illegittima doppia imposizione sulle pensioni superiori ad una determinata somma, ipotesi che si era determinata in conseguenza dell'entrata in vigore della riforma tributaria e che venne dichiarata incostituzionale solo dal 1° gennaio 1974) sia perché il vizio di illegittimità costituzionale a cui segue la sentenza di incostituzionalità sopravvenuta è ascrivibile al mutamento del sistema economico-finanziario o al mutamento del quadro legislativo sopravvenuto. Cfr. Id., *La Corte, i giudici e il Legislatore*, cit..

³⁰² Vedi p. 50 e nota n. 125 del presente lavoro.

dirigente statale collocato in pensione anteriormente al 1° gennaio 1979.

E' evidente che la Corte fosse preoccupata delle conseguenze di ordine finanziario dovuta all'estensione al personale dirigente statale di tale riliquidazione .

Diversamente, con una sentenza di costituzionalità provvisoria (distinguibile da una sentenza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, probabilmente più da un punto di vista teorico che pragmatico)³⁰³, la Corte costituzionale rigetta provvisoriamente la questione di illegittimità costituzionale, ritenendo la norma provvisoriamente conforme al dettato costituzionale anche (ma non solo) in conseguenza della sua transitorietà, temporaneità (od anche eccezionalità) e quindi costituzionalmente compatibile, in quanto condizionata ad un progressivo riordino della materia.

4.2.3. *Intervento bifasico di autoremissione.*

Altra tecnica decisoria, in realtà non sovente utilizzata dalla Corte costituzionale , è la cosiddetta tecnica 'bifasica di autoremissione', utilizzata in tutti i casi, in cui la Corte, anziché estendere automaticamente ad altre categorie di lavoratori, una norma di favore che va a regolamentare un privilegio costituzionalmente non necessario, adotta, dapprima, un'ordinanza di autoremissione, sollevando avanti a sé una questione di legittimità costituzionale della 'norma di favore' al fine di verificarne successivamente la legittimità costituzionale; lascia al Legislatore un congruo arco di tempo per intervenire; in mancanza, la Corte pronuncia una sentenza di accoglimento con cui dichiara l'illegittimità costituzionale della disciplina censurata.

Con questa tecnica, dunque, la Corte, invece di intervenire con una sentenza additiva per estendere il beneficio ad altre categorie di soggetti, rimuove il privilegio in quanto viziato da irragionevolezza, realizzando così un livellamento verso il basso.

Un esempio è dato dall'ord. n. 294 del 1993 con cui la Corte costituzionale sollevava innanzi a sé la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 comma 6-bis del D.L. n.69 del 1989, convertito in legge n. 154 del 1989, n. 154, nella parte in cui prevedeva un trattamento fiscale privilegiato – consistente nell'abbattimento della base imponibile al 60% del reddito percepito -. rispetto al regime ordinario degli assegni vitalizi percepiti da determinate categorie (*ex* parlamentari ed

³⁰³ Come evidenziato da A. PISANESCHI, *Le sentenze di costituzionalità provvisoria cit.* p. 600 e ss.

equiparati) e auspicando un'estensione di tale trattamento privilegiato alla generalità delle pensioni percepite dai pubblici impiegati.

Successivamente, perdurando l'inerzia del Legislatore, con sentenza n. 289 del 1994, la Corte costituzionale procedeva a dichiarare l'illegittimità costituzionale della di tale disposizione di favore per una sola categoria di soggetti.

Un altro esempio è data dall'ordinanza n. 225 del 1995 con cui la Corte costituzionale sollevava davanti a sé la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 38 e 81 Cost., dell'art. 9-bis, primo comma, del D.L. n. 103 del 1991, aggiunto dalla legge di conversione n.166 del 1991, nella parte in cui esonerava dal pagamento dei contributi di previdenza e di assistenza sociale (dovuti, fino alla data di entrata in vigore della citata legge di conversione, sulle contribuzioni e somme versate o accantonate a finanziamento di casse, fondi, gestioni o forme assicurative previste da contratti collettivi o da accordi o regolamenti aziendali) i datori di lavoro che a tale data non avessero ancora provveduto al pagamento o avessero adempiuto posteriormente. Di tale esonero, di portata retroattiva, non potevano godere, coloro i quali avevano provveduto al versamento dei contributi in data anteriore all'entrata in vigore della stessa legge, venendo così negato loro il diritto alla ripetizione.

In mancanza di un intervento legislativo volto ad estendere tale beneficio altre categorie di datori di lavoro, la Corte costituzionale, con sentenza n. 421 del 1995 dichiarava l'illegittimità costituzionale della disposizione di favore.

Tale tecnica risponde all'esigenza avvisata da una parte della dottrina, di ripristinare l'eguaglianza 'al livello più basso': la stessa Corte costituzionale dunque ha così riconosciuto "*il carattere multifunzionale e non necessariamente unidirezionale*"³⁰⁴ del giudizio di ragionevolezza-eguaglianza, tenuto conto, tra l'altro, con tale tecnica la Corte non interferisce nell'insidiabile discrezionalità del Legislatore, potendo, quest'ultimo, ricondurre a razionalità l'intero sistema trattando in modo uguale situazione omogenee.

4.2.4. Le sentenze additive di principio, in una prospettiva diacronica.

Come noto, si tratta di una particolare tecnica decisoria in virtù della quale la Corte costituzionale colma una omissione legislativa, ricavando dall'ordinamento giuridico, non una 'regola' (come con una additive tradizionali), bensì un principio

³⁰⁴ Cfr., R. ALESSE, *Note minime cit*, p. 2139; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza nella crisi dello Stato sociale cit*.

che abbisogna di essere attuato³⁰⁵.

Con questa tecnica, guardata con favore dalla dottrina, la Corte costituzionale realizza un triplice intento:

- dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata e contemporaneamente detta un principio;

- essendo tale principio non autoapplicativo³⁰⁶, rispetta la sfera discrezionale del Legislatore il quale è invitato dai giudici costituzionali a dar seguito al principio introdotto nell'ordinamento;

- garantisce, *medio tempore*, la tutela giurisdizionale delle pretese giuridiche lese dalle omissioni del legislatore, in quanto tale principio appare essere immediatamente attuabile in via giudiziaria.

Le sentenze additive di principio si affermano in materia previdenziale innanzitutto come sentenze additive di meccanismo, vale a dire come sentenze dichiarative di illegittimità costituzionale della norma sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale, nella parte in cui non prevedono un determinato meccanismo di perequazione, adeguamento, innalzamento del *quantum* in cui l'erogazione della medesima si sostanzia³⁰⁷.

Gli esempi sono tanti³⁰⁸, iniziando dalla sentenza n. 88 del 1992³⁰⁹, in materia di

³⁰⁵ Per uno studio analitico di tale tipologia di sentenza si rinvia, in particolare, a: G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996; E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa che non costino*, cit.; A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, p.3200 e ss.; Id., *Un'additiva di principio con termine per il Legislatore*, in *GIUR. COST.*, 1993, p. 1785; A. GIORGIS, *Indennità di disoccupazione: una additiva di principio non vincolante per il legislatore?*, in *Giur.Cost.*, 1995, p. 565 e ss.; E. CATALANI, *Tecniche processuali e rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, in *Quad. Cost.*, 1994 p.148 e ss.; C. PINELLI, *Titano, l'eguaglianza e un nuovo tipo di additiva di principio*, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 1792 e ss.; M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 1803 e ss.; A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *GIUR. COST.*, 2002, p.3435 e ss.; V. MARCERÒ, *La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del Legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, in *Giur. Cost.*, 2000, p. 1985 e ss.; G. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 4110 e ss.; C. SALAZAR, *Guerra e pace nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive di principio, quali decisioni atte a rimediare alle omissioni incostituzionali del legislatore*, in; Id. *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, ; C. SALAZAR, *I diritti sociali alla prova della Giurisprudenza costituzionale*, in *RDSS*, 2004, p. 505 e ss.. Si richiamano anche le considerazioni svolte da C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza nella crisi cit*; M. D'ONGHIA, *op. cit.*; R. GRECO, *Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 1994, p. 272 e ss.

³⁰⁶ M. D'AMICO, infatti, ne parla in termini di "sentenza additiva non autoapplicativa", *op. cit.*

³⁰⁷ Così, C. SALAZAR in (da ultimo) *I diritti sociali alla prova della Giurisprudenza costituzionale*, in *RDSS*, 2004, p. 505 e ss.

³⁰⁸ A titolo esemplificativo: Corte cost., sent. n. 215 del 1987; n. 560 del 1987; 406 e 497 del 1988; n. 141 e n. 566 del 1989; n. 277 del 1991, n. 421 del 1991; n. 88 del 1992, n. 204 del 1992, n. 232 del 1992; n. 78 del 1993, n. 109 del 1993, n. 243 del 1993, n. 218 del 1994; n. 288 del 1994

pensioni sociali. Si tratta di un istituto (sostituito con l'assegno sociale per effetto dell'art. 3 della Legge 335 del 1995) previsto per tutti i cittadini ultrasessantacinquenni che versano in condizioni economiche disagiate a prescindere dal fatto che abbiano o meno svolto attività lavorativa; istituto a carattere fortemente ridistributivo estraneo, dunque, alla logica dello strumento mutualistico - assicurativo. Ai sensi dell'art. 26 della Legge n. 153 del 1969, come modificato successivamente dall'art. 28 della L.843 del 1978, il presupposto per accedervi, oltre la cittadinanza italiana, la residenza nel territorio italiano e i requisiti di età, è rappresentato dallo stato di bisogno del destinatario. Infatti, determinante è il limite di reddito, limite, fissato diversamente a secondo se sia cumulato o meno con il reddito del coniuge³¹⁰.

La principale problematica che ha riguardato tale istituto è rappresentata dal rapporto tra pensione sociale e le prestazioni previdenziali a favore degli invalidi civili.

Infatti, il Legislatore ha previsto la trasformazione della prestazione di inabilità, assoluta o parziale, in pensione sociale, al compimento del sessantacinquesimo anno di età del soggetto civilmente invalido, lasciando così intendere di voler parificare i due trattamenti previdenziali; volontà che parrebbe essere confermata anche dal fatto che lo stesso Legislatore aveva previsto le medesime condizioni di reddito per accedere a entrambi i trattamenti.

Tuttavia, successivamente la simmetria delle condizioni per accedere a tali trattamenti è andata attenuandosi. Infatti, a partire dal 1977, il Legislatore aveva introdotto, per le sole prestazioni pensionistiche di invalidità civile, un innalzamento dei limiti reddituali e aveva previsto il computo, a tal fine, del solo reddito individuale. Veniva così meno, solo per le pensioni di invalidità civile, il limite rappresentato dal cumulo del reddito del richiedente con quello del coniuge (rimasto in vigore, invece, per l'erogazione di pensioni sociali). Con la conseguenza, che, per aggirare tale limite, si era formata la prassi che comportava la richiesta da parte dei

consultabile in Giur. Cost., 1995 con nota di A. GIORGIS, *Indennità di disoccupazione: una additiva di principio non vincolante per il legislatore*, p. 565 e ss.; n. 376 del 1994; n. 284 del 1996.

³⁰⁹ Consultabile in Giur. Cost., 1992, con nota di E. GROSSI, *La sent. n. 88 del 1992: un'alternativa alle additive di prestazione?*, p. 2374 e ID. *Sentenze costituzionali di spesa che non costino, cit.*

³¹⁰ Art. 3, comma 6,7 della Legge n. 335 del 1995: "Se il soggetto possiede redditi propri, l'assegno è attribuito in misura ridotta fino a concorrenza dell'importo predetto, se non coniugato, ovvero fino al doppio del predetto importo, se coniugato, ivi computando il reddito del coniuge comprensivo dell'eventuale assegno sociale di cui il medesimo sia titolare". Successivi incrementi del reddito oltre il limite massimo danno luogo alla sospensione dell'assegno sociale.

soggetti ultrasessantacinquenni della pensione di invalidità anziché della pensione sociale, vietata solo successivamente dalla legge n. 93 del 1988 e dalla legge n. 412 del 1991 che ha introdotto una parificazione dei requisiti reddituali tra le due prestazioni, salvo che per i sordomuti, i ciechi e gli invalidi.

La Corte costituzionale più volte si è trovata a decidere in merito a questioni di legittimità sollevate in relazione agli artt. 3 e 38 Cost. di tali disposizioni, nella parte in cui esse non prevedevano, a favore degli anziani divenuti invalidi dopo il sessantacinquesimo anno di età ed aspiranti alla pensione sociale, un meccanismo differenziato di determinazione del limite di reddito cumulato con quello del coniuge. La Corte, dunque, si trovava a sindacare non l'irragionevolezza derivante da disparità di trattamento, bensì l'irragionevolezza determinata da arbitraria equiparazione di situazioni differenti³¹¹.

La Corte, in tale caso, dichiarava “...non esistendo nell'ordinamento alcun criterio che possa dirsi costituzionalmente obbligato, per differenziare adeguatamente il regime del cumulo nelle suddette situazioni” l'illegittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui, “nell'indicare il limite di reddito cumulato con quello del coniuge, ostativo al conseguimento della pensione sociale, non prevedeva un meccanismo differenziato di determinazione per gli ultrasessantacinquenni divenuti invalidi”³¹² evitando, tanto di fissare essa stessa una regola, con cui avrebbe invaso la sfera di discrezionalità riconosciuta al Legislatore, quanto di estendere direttamente un beneficio a un considerevole numero di nuovi soggetti,

³¹¹ E cioè tra chi è solo anziano e chi è anziano invalido. In questo secondo caso, poiché il coniuge è chiamato a far fronte ad una situazione anche finanziariamente più onerosa rispetto a quella dovuta per lo stato di bisogno, dipendente solo dall'età avanzata, il livello di reddito cumulato non può essere lo stesso. Affermava la Corte: “la previsione rigida ed indiscriminata per tutti gli anziani aventi diritto alla pensione sociale diretta del cumulo del reddito con quello del coniuge, ai fini della determinazione del limite massimo compatibile con il trattamento assistenziale parifica arbitrariamente le situazioni, di per sé evidentemente diverse, che comportano differenti esigenze di assistenza ed esigono perciò una valutazione differenziata del ragionevole punto di equilibrio circa il concorso tra la solidarietà coniugale e quella collettiva”.

³¹² Per completezza, si sottolinea che dopo l'entrata in vigore della Legge n. 335 del 1995, la Corte costituzionale è stata investita nuovamente della questione di legittimità su tale meccanismo. Con sentenza n. 400 del 1999, la Corte pronunciava una sentenza di rigetto, ritenendo che non fosse fondata la q.l.c. dell'art. 3, comma 6, l. 8 agosto 1995 n. 335 nella parte in cui, ai fini della corresponsione dell'assegno sociale agli ultrasessantacinquenni, non differenzia le condizioni reddituali cui viene subordinato l'accesso alla prestazione, a seconda che si tratti di soggetti non invalidi ovvero di soggetti divenuti invalidi dopo tale soglia di età, precisando, anche nella successiva sentenza n. 98 del 2002 che il punto centrale della sentenza n. 88 del 1992 non è “tanto la condizione dell'ultrasessantacinquenne divenuto invalido, quanto piuttosto quello del coniuge, gravato di maggiori oneri di assistenza in conseguenza della sopravvenuta invalidità”. La Corte, dunque, è costante nel riconoscere la sfera di discrezionalità in capo al Legislatore in merito all'individuazione della soglia reddituale al di sotto della quale, sussistendo uno stato di bisogno, è richiesto l'intervento assistenziale della collettività.

con aggravio della spesa pubblica.

Con tale tecnica, la Corte individua la necessità di introdurre un meccanismo (in tal caso il meccanismo differenziato di determinazione della pensione sociale) la cui configurazione viene lasciata al Legislatore, il quale è esortato ad intervenire per dettare una nuova disciplina conforme al principio enunciato.

Ciò però che contraddistingue tale tecnica decisoria è rappresentata dall'efficacia del principio introdotto dalla Corte costituzionale.

Esso “*non può essere degradato a semplice espressione di un orientamento di politica del diritto, che può trovare realizzazione a condizione che si trasformi in diritto positivo ad opera di una regola legislativa, ma è diritto vigente, capace di valere per forza propria in quanto derivante dalla Costituzione*”³¹³. Con la conseguenza che il Legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità dovrà comunque attenersi a quanto indicato dalla Corte costituzionale.

Inoltre, la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare esplicitamente³¹⁴ che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa lascia sì al legislatore l'ampia discrezionalità circa l'operatività nel tempo del meccanismo individuato dalla Corte costituzionale ma, al contempo, riconosce che il giudice comune è ‘abilitato’ ad applicare *medio tempore* tale principio per individuare la regola del caso concreto, in attesa dell'intervento legislativo esortato.

Tuttavia, proprio questa scissione tra fase demolitoria e fase ricostruttiva rimessa, in prima battuta e transitoriamente all'attività dei giudici comuni, non ha mancato di suscitare qualche perplessità, specie con riguardo alla certezza del diritto³¹⁵.

³¹³ Cfr. Così C. COLAPIETRO, richiamando il pensiero di G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 43.

³¹⁴ Cfr. anche Corte cost., sent. n. 295 del 1991, ma anche sent. n. 272 del 1993, sent. n.74 del 1996.

³¹⁵ Come nota A. GUAZZAROTTI, *op. cit.* 2002 p. 3448, specie se si ritiene “*il diritto pretorio nel frattempo formatosi precario, cedevole rispetto al successivo intervento legislativo attuativo della sentenza additiva di principio*”. L'AUTORE cita a titolo esemplificativo la sentenza n. 277 del 1991 con cui la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'omessa equiparazione, ai fini retributivi, dei gradi dei sottufficiali dei Carabinieri alle qualifiche degli ispettori della polizia dello Stato, con contestuale riconoscimento della non praticabilità di un'automatica corrispondenza tra funzioni degli uni e degli altri, la cui fissazione veniva rimessa alla discrezionalità del legislatore. Alcuni giudici, ricostruivano la carriera dei ricorrenti, ai fini del calcolo delle pensioni, come se la Corte avesse esteso retroattivamente equiparato le retribuzioni delle diverse categorie professionali in questione. E ciò in contrasto con quanto disposto dal legislatore il quale, intervenuto per dare seguito alla sentenza della Corte, aveva limitato gli effetti della equiparazione a soli 5 anni anteriori alla pubblicazione della sentenza. La ricostruzione dei giudici veniva smentita dalla Corte costituzionale successivamente, la quale, con sentenza n. 241 del 1996 con cui veniva chiarito che la nuova determinazione delle retribuzioni come base del calcolo per le pensioni non aveva formato oggetto della sentenza n. 277 del 1991 né si presentava come operazione meramente consequenziale alla stessa. Inoltre, affermava che tale limitazione temporale prevista dal legislatore non era

Un altro esempio di sentenza additiva di principio, in realtà *anomala*³¹⁶, è rappresentata dalla sentenza n. 243 del 1993 con cui la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale della norma impugnata nella parte in cui non individua un meccanismo adeguato per il calcolo dell'indennità integrativa speciale da applicare in modo tendenzialmente omogeneo tra le diverse categorie di lavoratori subordinati, pubblici e privati.

Innanzitutto, bisogna rilevare che essa è stata emanata dopo altre sentenze con cui la Corte aveva lanciato un monito al Legislatore (sent. n. 220 del 1988) sottolineando che era “*indilazionabile un intervento legislativo*” che, trascorsi cinque anni non era stato ancora realizzato.

Una prima particolarità di tale sentenza, come rilevata dai primi commentari³¹⁷, è data dall'ampia spiegazione in merito all'*iter argomentativo che richiede un dispositivo che aggiunge principi (e tempi)*” motivando l'esclusione di altre tecniche decisorie³¹⁸.

In secondo luogo, il principio – meccanismo che essa introduce, rivolgendosi al Legislatore, risulta essere maggiormente dettagliato e specificato in motivazione.

In particolar modo, più volte la Corte costituzionale richiama la discrezionalità del legislatore tenuto conto della esigenza di reperire le indispensabili risorse finanziarie o le possibilità in merito alla determinazione dei livelli sui quali attestare la perequazione tra i diversi trattamenti.

In terzo luogo, la Corte costituzionale esclude, in tal caso, che a tale principio possa essere data applicazione giudiziaria al fine di non incorrere nel rischio di determinare degli squilibri tra le diverse categorie di lavoratori che l'indirizzo di

incostituzionale posto che “*la scelta in concreto del meccanismo di perequazione è riservata al legislatore chiamato ad operare un bilanciamento tra le varie esigenze nel quadro della politica economica generale e delle concrete disponibilità finanziarie*”

³¹⁶ Così C. COLAPIETRO, *op. cit.*, p. 65.

³¹⁷ In particolare, C. PINELLI, *Titano cit.*; A. ANZON, *Un additiva di principio con termine cit.* in *Giur. Cost.*, 1993, p. 1793 e ss.. Cfr. anche C. COLAPIETRO, *op. cit.*, p. 66.

³¹⁸ “*La Corte non ritiene... di dover continuare a pronunciare altre decisioni di inammissibilità fondate sul rispetto della discrezionalità del legislatore, né di esprimere ulteriori moniti. Permanendo, infatti, ed essendosi aggravato, per il decorrere del tempo lo stato di irrazionalità e le sperequazioni chiaramente denunciate dalla sentenza n. 220 del 1988, una pronuncia che ancora una volta rimettesse il superamento di queste situazioni, che incidono su valori costituzionali, all'intervento del legislatore – inutilmente a lungo sollecitato – non potrebbero non apparire ...come abdicazione alla funzione di giudice delle leggi e non potrebbe non risolversi nella protezione non già della discrezionalità del Legislatore, ma della sua inerzia.*”. Così come esclude una sentenza caducatoria in quanto con tale pronuncia:” *colpendo il globale sistema di calcolo dei diversi trattamenti di fine rapporto, paralizzerebbe la stessa corresponsione delle indennità attualmente dovute...*” e l'uso di un dispositivo additivo tradizionale.

omogeneizzazione dei diversi trattamenti vuole evitare³¹⁹.

In quarto luogo, altra particolarità è data dalla previsione di un termine entro cui il Legislatore dovrebbe intervenire, richiamando anche nel dispositivo la necessità di intervenire con “adequata tempestività”, ipotizzando come primo termine utile la prossima legge finanziaria o comunque la prima occasione per formulare scelte globali di bilancio. Per di più, accompagnando tale ‘messa in mora’ da un monito in ragione del quale, se tale termine fosse inutilmente decorso o se i tempi per l’attuazione graduale del dettato costituzionale si prolungassero troppo, la Corte costituzionale, se nuovamente investita del problema, non potrebbe non adottare le decisioni a quella situazione appropriate”.³²⁰

Per come è strutturata tale sentenza, si può certamente affermare che essa mira creare una forma di collaborazione, favorendo un dialogo tra Corte costituzionale e Parlamento, il quale, infatti, è successivamente intervenuto a disciplinare, in modo conforme al principio dettato dai Giudici costituzionale, l’istituto dell’indennità integrativa speciale.

Le additive di meccanismo, come quelle analizzate poc’anzi a titolo esemplificativo, tuttavia, da una parte, non sono state utilizzate dalla Corte costituzionale in modo così frequente negli ultimi anni³²¹; dall’altra, la Corte

³¹⁹ Secondo A. ANZON, *op. cit.* il fatto che la Corte costituzionale riconosca un diritto ad un adeguato computo di tale indennità, dovrebbe quanto meno impedire *medio tempore* sentenze da parte dei giudici comuni incompatibili con il riconoscimento di tale diritto. Il quale da atto del pensiero espresso da altra parte della dottrina secondo cui i giudici *a quibus*, dovrebbero sospendere i relativi giudizi in attesa dell’intervento del Legislatore, ritenendo, però che la Corte non ha nessun potere per poter imporre la sospensione dei giudizi *a quibus*.. Secondo M. D’AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale* in *Giur. Cost.*, 1993, p. 1803 e ss. e C. COLAPIETRO, *op. cit.*, p. 68, i giudici comuni sicuramente non potrebbero negare alle parti in giudizio il diritto al trattamento di fine rapporto riconosciuto dalla Corte costituzionale.

³²⁰ Monito, che non convince del tutto convincente parte dei commentari, in quanto “*se il principio.... Non distingue questo tipo di sentenza da quelle che rigettano la questione pur accertando l’incostituzionalità...continua a rimanere oscura o contraddittoria la premessa di ‘decisione appropriate alla situazione’: non si può impugnare nullaSe invece, il principio....è di diritto vigente. Capace di valere per forza propria in quanto derivante dalla Costituzione, il tentativo di investire nuovamente la Corte del problema cessa di risultare impossibile o inutile*” Così C. PINELLI, *cit.*, p. 1801. Tuttavia, come osservato da C. COLAPIETRO, *op. cit.*, p. 70 “*Si tratterebbe di procedere ad una impugnativa delle norme già censurate nella parte in cui non sono state conformate all’indirizzo di omogeneizzazione, così impedendo al principio del computo di dispiegare la sua operatività*” con l’inconveniente, però di incorrere in una nuova decisione additiva autoapplicativa.” Secondo E. CATALANI, *Tecniche processuali cit.*, in *Quad. Cost. cit.*, p. 157, tale sentenza rappresenterebbe un ibrido tra dichiarazione di illegittimità costituzionale pura e monito al Parlamento.

³²¹ Guardando alle statistiche degli ultimi due anni: nel 2008 le pronunce additive, in generale, sono state solo 11. Anche l’anno scorso, la Corte ha pronunciato, per la maggior parte, ordinanze di inammissibilità, manifesta infondatezza o sentenze, ordinanze con cui veniva rigettata la questione. Lo stesso è stato rilevato per l’anno 2007, in cui l’85% delle pronunce ha rivestito la forma delle ordinanze. Dati consultabili sul sito *internet* www.cortecostituzionale.it.

costituzionale ha dato loro una diversa e nuova ‘fisionomia’.

Innanzitutto, tale tecnica decisoria è stata utilizzata anche con riguardo anche a diritti fondamentali diversi dai diritti sociali.

Inoltre, tali sentenze rinominate come “*additive di principio di garanzia*”³²² si caratterizzano per conferire al giudice comune una maggior potere di decidere il caso concreto. La norma, cioè, viene dichiarata incostituzionale in quanto essa, in riferimento a determinati casi particolari appare irragionevole, irrazionale. Essa “*conferisce ... ai giudici una delega di bilanciamento nei casi concreti ... la possibilità di accantonare il testo normativo per sovrapporre a questa la propria valutazione onde introdurre di volta in volta un’eccezione non prevista rispetto alla regola.*”³²³ in modo tale da “*rendere maggiormente flessibili le disposizioni afflitte da eccessiva rigidità*”³²⁴. Con la conseguenza che viene ‘attenuata’ la necessità dell’intervento del Legislatore³²⁵.

Esempio di tale tecnica, anche in materia previdenziale, è la sentenza n. 61 del 1999³²⁶ in tema di totalizzazione dei periodi assicurativi. Oggetto della questione di legittimità costituzionale erano alcune disposizioni (art. 1, 2, L. n. 45 del 1990) che non prevedevano in favore dell’interessato, la facoltà di scelta tra la ricongiunzione e la totalizzazione o comunque la possibilità di optare per un meccanismo alternativo alla ricongiunzione onerosa. La Corte costituzionale riteneva la questione fondata “*nei limiti appresso precisati*”.

Dopo aver enucleato il principio della totalizzazione (che consente al soggetto in possesso dei requisiti dell’età pensionabile e dell’anzianità contributiva in virtù di una *fictio iuris*, di poter sommare i periodi di iscrizione a diverse gestioni e di percepire così da ciascun ente previdenziale in base al calcolo pro-rata, una quota della prestazione proporzionata al periodo di iscrizione)³²⁷ la Corte costituzionale spiegava in motivazione la necessità dell’introduzione della scelta tra totalizzazione e ricongiunzione, con riguardo a determinati casi specifici, senza tuttavia esprimere un

³²² Cfr. C. SALAZAR, *IL riconoscimento cit.*

³²³ Cfr. C. SALAZAR, *I diritti sociali alla prova della giurisprudenza costituzionale cit.*, p.538.

³²⁴ Cfr. C. SALAZAR, *I diritti sociali alla prova cit.*, p.543.

³²⁵ Cfr. C. SALAZAR, *I diritti sociali alla prova cit.*, p.543 che spiega così le differenze: “... nelle prime decisioni a dispositivo generico, la Corte sottolinea la necessità dell’intervento del legislatore, implicitamente riconosce che l’ampliamento della discrezionalità dei giudici comporta uno squilibrio nel sistema, riparabile solo grazie alla predisposizione delle regole per mano del Legislatore. Nelle additive di principio di nuovo conio, invece, è l’ampliamento della discrezionalità dei giudici a costituire la soluzione definitiva costituzionalmente imposta e a restaurare la normalità”.

³²⁶ A titolo esemplificativo, si veda anche Corte costituzionale, sent. n. 327 del 1999.

³²⁷ Per una sommaria ricostruzione delle differenze tra l’istituto della totalizzazione e quello della ricongiunzione, si veda Sezione I capitolo III.

giudizio ‘negativo’ sull’azione del Legislatore. Affermava la Corte costituzionale: *“L’introduzione del diritto alla totalizzazione dei periodi assicurativi - meno vantaggiosa per l’assicurato, ma per lui priva di oneri - consente di porre rimedio alla situazione denunciata dalle ordinanze di remissione senza alterare il sistema discrezionalmente delineato dal Legislatore previdenziale, tendente a diversificare in relazione ai diversi profili professionali e sulla base di valutazioni delle compatibilità finanziarie interne alle diverse gestioni, non sostituibili in questa sede da valutazioni diverse del giudice della costituzionalità delle leggi”*.

Così facendo, i Giudici costituzionali introducevano la facoltà di poter optare tra ricongiunzione e totalizzazione senza andare ad incidere sulla disciplina della ricongiunzione in quanto, nel rispetto della discrezionalità legislativa riconosciuta in materia di ricongiunzione, la Corte escludeva *“la possibilità di prefigurare regole per la ricongiunzione alternative a quelle previste dalle disposizioni enunciate”*. Inoltre, attenuava anche la necessarietà dell’intervento del Legislatore, in quanto *“si presentano nell’ambito del modello rappresentato dalla totalizzazione dei periodi assicurativi, una pluralità di soluzioni astrattamente ipotizzabili, idonee a costituire...un’alternativa alla ricongiunzione onerosa...in armonia con i principi costituzionali, tra le quali il legislatore dovrà precisare le modalità di attuazione del principio della totalizzazione...intesa come alternativa alla ricongiunzione. Potrà naturalmente il legislatore disciplinare la materia in maniera diversa purchè venga comunque evitato che, a causa dell’eccessiva onerosità del sistema, risulti di fatto vanificato il diritto dell’assicurato di avvalersi dei periodi assicurativi pregressi.”*.

5. I diversi modi di ‘declinare’ la ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale.

Dall’analisi della giurisprudenza costituzionale fin qui condotta, si può certo affermare che la Corte costituzionale abbia saputo rapportarsi in modo dinamico all’ordinamento giuridico, *“vigilando sulla sua evoluzione attraverso un’opera di costante interrelazione con diversi soggetti istituzionali”*³²⁸, dimostrando come l’ordinamento giuridico si presenti non tanto come sistema autoreferente e autoconcluso, ma come dimensione aperta e dinamica. Ciò emerge ancor più in ambito previdenziale, in ragione di quel dinamico compromesso che si è protesi a realizzare tra tutela dei diritti sociali e risorse economiche disponibili.

In tale ambito più che in altri, infatti, la Corte costituzionale *“si è fatta consapevolmente valutatore delle opzioni politiche espresse dal Legislatore”*³²⁹, non rinunciando

³²⁸ Così R. PESSI, *Il dialogo tra Corte costituzionale e sistema ordinamentale*, in ADL, 2006, p. 1542 e ss.

³²⁹ Cfr. R. PESSI, *op. cit.*, p. 1548.

mai a valutarne l'operato alla luce del principio di ragionevolezza.

Ed infatti, come è stato più volte osservato³³⁰, il parametro maggiormente ricorrente nella giurisprudenza previdenziale è rappresentato proprio dall'art. 3 Cost. utilizzato sia da solo sia in combinato con l'articolo 38 della Costituzione.

Quanto fin qui delineato in questa terza sezione, porta a condividere l'impostazione teorica sul sindacato di ragionevolezza messa in evidenza da una parte della dottrina³³¹ secondo cui è possibile operare una *reconductio ad unum* dei diversi modi in cui la Corte costituzionale ha saputo 'declinare' la ragionevolezza, specie in ambito previdenziale: tale sindacato infatti costituisce “una forma di giudizio autonoma e generale rispetto alle sue particolari versioni applicativi”³³², giudizio “...tra norme ispirato alla logica del concreto”³³³, che opera “utilizzando tutti gli elementi che entrano nel processo interpretativo -applicativo, le disposizioni costituzionali, le disposizioni legislative, i contesti”³³⁴.

Sono stati così individuati tre ambiti di giudizio costituzionale: il giudizio di eguaglianza – ragionevolezza, il giudizio di razionalità e il bilanciamento di interessi.

Iniziando dal giudizio di eguaglianza-ra ragionevolezza, è noto che, secondo l'impostazione elaborata da L. PALADIN, esso presenta una struttura 'ternaria': esso cioè non segue uno schema costruito sul confronto tra la norma impugnata e il parametro richiamato, bensì uno schema che ricomprende almeno tre termini: la norma impugnata, il principio d'eguaglianza e il *tertium comparationis* in vista del

³³⁰ Tra tanti, Cfr. M. D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 66 e ss.

³³¹ Cfr. in particolare, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005. Tali autori offrono una lettura del sindacato di ragionevolezza diversa da quella fino ad allora consolidata, tendente a sottolineare la bipartizione della casistica in cui si sviluppa il sindacato di ragionevolezza. A tal proposito si rinvia, in particolare a quanto sostenuto da L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1997; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, 2000.

³³² Cfr. A. MORRONE, *op. cit.*, in particolare, p. 386 in cui l'autore riconduce ad unità i diversi moduli operativi, definendo:

- il giudizio di uguaglianza – ragionevolezza come “un giudizio di carattere meta-relazionale che corre tra (almeno) due termini di carattere normativo, valutati attraverso il filtro del punto di vista rilevante che, ipostatizzato, consente alla Corte di stabilire la legittimità costituzionale dell'eguale o del diverso trattamento legislativo”;

- il giudizio sulla razionalità delle leggi come giudizio avente per oggetto “l'idoneità della disciplina al raggiungimento del fine cui è destinata”;

- bilanciamento tra interessi costituzionali quale implicante “- non tanto un artificioso equilibrio ma – una scelta tra i beni in gioco. Attraverso il sindacato intorno al ragionevole bilanciamento degli interessi la Corte può scegliere, tra quelle possibili, la soluzione transattiva costituzionalmente più adeguata al contesto”.

³³³ Cfr. A. MORRONE, *op. cit.*, in particolare, p. 393.

³³⁴ Cfr. A. MORRONE, *op. cit.*, p. 415. Laddove il termine contesto allude a “quel particolare rapporto di fatto o di bene della vita che il legislatore si è prefigurato allorché ha predisposto la disciplina contenuta nell'atto – fonte” (p. 390).

quale può dirsi che la differenziazione o la classificazione è ragionevole oppure arbitraria. Il principio di ragionevolezza, dunque, permette di valutare quando e se il Legislatore debba trattare (o abbia trattato) “... *in modo eguali situazioni* ragionevolmente *uguali e, all'opposto, in maniera dissimile situazioni* ragionevolmente *diverse*”³³⁵. Tra le caratteristiche che deve presentare il *tertium comparationis* compare l'omogeneità: la norma che funge da *tertium comparationis* deve presentare la *aedem ratio*,³³⁶ in ragione della quale essa appare suscettibile di essere applicata anche alla situazione disciplinata dalla norma di dubbia costituzionalità.

Si può certo dire, dunque, che attraverso il giudizio di eguaglianza – ragionevolezza, la Corte costituzionale comunque effettua un controllo sulla giustificazione delle differenziazioni o classificazioni operate dal Legislatore³³⁷, assegnando un ruolo centrale alla *ratio legis*, allo “*scopo, alla ragione della legge che...si sostanzia nell'interesse (o meglio nell'assetto degli interessi) alla cui tutela la prescrizione normativa risulta essere funzionalizzata*”³³⁸.

In materia previdenziale, questo modello di giudizio è stato utilizzato innanzitutto per realizzare “*un trattamento uguale di situazioni ragionevolmente uguali*”, estendendo, soprattutto in un primo momento, il trattamento di miglior favore a soggetti inizialmente esclusi³³⁹. E ciò, spesso, ricorrendo anche “...*ad una interpretazione largheggiante del requisito dell'omogeneità del contesto di riferimento, ponendo mente alle finalità delle norme poste a confronto*”³⁴⁰, con particolare aggravio sul bilancio statale.

Esempio, in tal senso, è rappresentato dalla giurisprudenza costituzionale sull'istituto dell'integrazione al minimo. La Corte costituzionale, in conseguenza anche dell'evoluzione del quadro normativo, è intervenuta più volte, realizzando via via, “*un allargamento della platea degli aventi diritto*”³⁴¹, in modo prettamente ‘casistico’,

³³⁵ Cfr. A. MORRONE, *op. cit.*, p. 38.

³³⁶ Così, L. D'ANDREA, *op. cit.*, p. 74 e ss.; A. MORRONE, *op. cit.* p. 90 e ss. che individua le caratteristiche del *tertium comparationis*, il quale deve essere il più possibile determinato o determinabile, deve avere carattere normativo, deve essere portatore di un significato univoco astrattamente e concretamente;

³³⁷ Cfr. L. PALADIN, *op. cit.*

³³⁸ Cfr. L. D'ANDREA, *op. cit.*, p. 60 e ss. Sul carattere del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza quale controllo finalistico, Cfr., in particolare G. SCACCIA, *op. cit.*, p. 112 e ss.

³³⁹ Così M. D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 56 e ss.; A. ANDREAONI, *op. cit.*, p. 318 e ss.

³⁴⁰ Così A. ANDREAONI, *op. cit.*, p. 318.

³⁴¹ Così, M. D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 57. Si pensi, in particolare, alla sent. n. 230 del 1974 con cui la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 38, primo comma, Cost., della norma risultante dal combinato disposto dell'art. 2, secondo comma, lett. a), della legge 12 agosto 1962, n. 1338, e dell'art. 23 della legge 30 aprile 1969, n. 153, nella parte in cui escludeva l'erogazione del trattamento minimo Inps ai titolari di pensione di reversibilità non

erogata dall'Inps, ma poste a carico di altri fondi o gestioni speciali di previdenza oppure a carico dello Stato; alla successiva sentenza n. 263 del 1976 con cui il Giudice delle Leggi dichiarava l'illegittimità costituzionale della medesima disciplina, nella parte in cui escludeva che fosse dovuto il trattamento minimo della pensione diretta per invalidità, a carico dell'Inps, ai titolari di pensione diretta a carico di amministrazioni dello Stato;

alla sentenza n. 34 del 1981 è costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 3 cost., l'art. 2, 2° comma, lett. a), l. 12 agosto 1962, n. 1338, nella parte in cui esclude il diritto all'integrazione al minimo della pensione diretta a carico dell'Inps, sia essa di vecchiaia che di invalidità, per chi sia già titolare di pensione diretta dello Stato, dell'istituto post-telegrafonici e della cassa di previdenza dipendenti enti locali, qualora per effetto del cumulo sia superato il trattamento minimo garantito. La Corte costituzionale, infatti, ravvisava tra tutti gli aspiranti all'integrazione al minimo, un'identità di rapporto con l'Inps, l'ente erogatore della pensione minima, alla luce della quale appariva non giustificata la discriminazione del diritto all'integrazione sulla base di differenze relative alla seconda pensione cumulabile degli stessi aspiranti, in quanto tali differenze non comportano una diversità sostanziale di condizioni economiche e sociali. Infatti: la situazione dei titolari di pensioni dirette e quella dei titolari di pensioni di reversibilità sono accomunate dal fatto che il trattamento loro dovuto è comunque corrispettivo, differito nel tempo, di una prolungata prestazione lavorativa svolta durante il cessato rapporto di lavoro; viceversa la pensione di invalidità e la pensione di vecchiaia muovono dalla medesima *ratio*: garantire protezione sociale al soggetto che presenta una diminuita capacità di guadagno.

Si pensi anche alla sentenza n. 102 del 1982, con cui la Corte costituzionale dichiarava contestualmente l'illegittimità dell'art. 1, II comma della Legge n. 9 del 1963, nella parte in cui escludeva per i titolari di pensione diretta dello Stato l'integrazione al minimo della pensione di invalidità erogata dal fondo speciale per i coltivatori diretti, mezzadri e coloni, qualora per effetto del cumulo sia superato il trattamento minimo garantito; l'illegittimità dell'art. 19, 2 II comma della Legge n. 613 del 1966, nella parte in cui escludeva per i titolari di pensione diretta statale l'integrazione al minimo della pensione di invalidità erogata dalla gestione speciale commercianti, qualora per effetto del cumulo sia superato il trattamento minimo garantito e l'illegittimità dell'art. 2 della Legge n. 1338 del 1962 nella parte in cui escludeva, per i titolari di pensione diretta dello Stato, l'integrazione al minimo della pensione di reversibilità. Con tale sentenza, la Corte lanciava un monito al Legislatore, sollecitando un suo intervento volto a ricondurre ad equità e a razionalità la disciplina di tale istituto. Tanto che, come ricorda M. D'ONGHIA (*op. cit.*, p. 157), l'allora Presidente della Corte costituzionale L. Elia, durante l'annuale conferenza stampa, in riferimento a tale decisione, ricordava le ripercussioni sulla spesa pubblica e sottolineava come *“questa pronuncia attesta ...quanto la Corte sia attenta ai riflessi che talune scelte del Legislatore possono avere in tema di osservanza dell'art. 81 Cost.”*. Il legislatore coglieva il monito della Corte costituzionale, tanto che con Decreto Legge n. 463 del 1983 introduceva nuovi criteri del divieto di cumulo di due o più integrazioni al minimo e la possibilità di ricorrere all'integrazione solo per i titolari di redditi non superiori due volte l'ammontare del trattamento minimo e la cristallizzazione dell'integrazione al minimo nella misura corrisposta al momento di cessazione. Tuttavia, rimanevano escluse dalla disciplina ex novo introdotta tutte le situazioni pregresse, anteriori all'entrata in vigore della nuova legge.

In una logica 'espansiva' dello Stato sociale, la Corte costituzionale è intervenuta più volte per contrastare l'opera di razionalizzazione legislativa.. Si veda, a titolo esemplificativo, Corte cost. sent. n. 314 del 1985; sent. n. 1086 del 1988 e n. 1144 del 1988; od ancora, sent. n. 81 del 1989 con cui la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, secondo comma, della legge n. 1339 del 1962, in tutte le ulteriori possibili ipotesi in cui essa non consenta l'integrazione al minimo delle pensioni erogate dalla Gestione speciale per l'assicurazione obbligatoria, invalidità, vecchiaia e superstiti degli artigiani e loro familiari per i titolari di altri trattamenti specificati nella disposizione citata, nell'intento di eliminare ogni preclusione all'integrazione al minimo per i titolari di più pensioni, così rendendone possibile l'erogazione sino all'entrata in vigore del D.L. n. 463 del 1983, convertito in Legge n. 638 del 1983, che, appunto disciplinava ex novo la materia.

Si vedano in tal senso anche Corte cost., sent., n.142 del 1989; n. 179 del 1989; n. 373 del 1989 con cui tra l'altro esprimeva l'auspicio che tale dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale della

non avendo, il Legislatore, dato seguito ai diversi moniti che i Giudici costituzionali più volte avevano espresso.

Altre volte, invece, effettuando un raffronto tra situazione ritenute disomogenee, i Giudici costituzionali hanno escluso o ravvisato la violazione del principio di ragionevolezza, in ragione della diversità di *status* delle categorie di lavoratori confrontati o delle diversità dei regimi pensionistici,³⁴².

norma fosse estesa in via interpretativa a tutte le possibili ulteriori applicazioni della norma stessa. Auspicio che non veniva colto, tanto che la Corte costituzionale si è trovata ad pronunciarsi con sentenze di accoglimento per caducare il divieto all'integrazione al minimo per più titolari di pensioni in modo 'casistico' (es. Corte cost. n. 488 del 1989; sent. n. 69 e 70 del 1990; n. 165 del 1992; n. 106 del 1996). Per una ricostruzione più dettagliata, si rinvia, in particolare, a M. D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 144 e ss.; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza nella crisi cit.*; F. MIANI CANEVARI, *op. cit.*.

³⁴² A titolo esemplificativo si pensi alla sent. n. 458 del 1989, in cui la Corte muovendo dalla non comparabilità, per differenze di struttura e finalità della relativa disciplina, dei trattamenti previdenziali per carichi di famiglia dei pensionati già lavoratori autonomi e dei pensionati già lavoratori dipendenti, escludeva l'irragionevolezza e l'arbitrarietà della scelta del legislatore, condizionata anche dalla ristrettezza delle disponibilità finanziarie, di limitare al solo settore del lavoro subordinato la maggiorazione degli assegni familiari con esclusione delle categorie del lavoro autonomo, le quali in ragione del reddito derivato dalla propria attività, rispetto alla retribuzione fissa dei lavoratori dipendenti, non apparivano alla Corte gravate dai medesimi sacrifici di questi e pertanto in grado di difendersi dall'erosione inflazionistica.

Si pensi altresì alla sentenza n. 54 del 1987 con cui la Corte rigettava la questione avente per oggetto l'art. 2-ter, della legge n. 114 del 1974, nella parte in cui non prevedeva il diritto alla pensione di reversibilità per i superstiti del pensionato nella gestione speciale coltivatori diretti il quale, pur godendo del relativo trattamento con decorrenza anteriore al 1 gennaio 1970, avesse, successivamente al pensionamento, svolto lavoro autonomo per un periodo superiore ai cinque anni. Il rigetto della questione veniva motivato in ragione della diversità, economico-retributiva e contributivo, delle situazioni dei pensionati da lavoro dipendente e pensionati da lavoro autonomo; diversità che giustificava il diverso trattamento riservato - a seconda che il dante causa abbia prestato, per almeno un quinquennio dopo il pensionamento, lavoro agricolo autonomo o dipendente - ai superstiti di pensionati della Gestione speciale coltivatori diretti in ordine al diritto alla liquidazione della pensione di reversibilità a carico dell'ago. Si pensi altresì alla sentenza n. 155 del 1969, alla n. 231 del 1974.

Si guardi altresì alla sentenza n. 62 del 1977 con cui la Corte costituzionale constatava una violazione del principio di ragionevolezza per aver trattato in modo uguali situazioni diverse. Con la legge 22 luglio 1975 n. 319, il Legislatore, infatti, aveva previsto per gli avvocati e procuratori ultrasettantenni cancellati dall'albo la pensione di L. 220 000 mensili, mentre tale misura risultava ridotta a L. 150 000 per i professionisti infrasettantenni e per coloro che, ultrasettantenni, conservassero però l'iscrizione all'albo. In tale modo, a situazioni già dapprima riconosciute diseguali per diversità di età, e come tali incidenti sulla misura della pensione di base, si faceva poi seguire un trattamento inferiore livellato contrastante con la premessa di una differente capacità di lavoro produttivo dovuta al naturale regresso di questa capacità per l'avanzare dell'età, dando luogo così ad una discrasia ed all'alterazione di presupposti di interna coerenza tra l'una e l'altra disposizione di confronto, e dando altresì luogo ad una violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo di una non ammissibile parità di trattamento nonostante situazioni disuguali.

Si pensi alla sentenza n. 221 del 1984 in cui la Corte costituzionale riteneva non raffrontabili, sebbene preordinate alla medesima finalità, l'indennità di fine servizio dei dipendenti da enti pubblici e l'indennità di buonuscita dei dipendenti statali in quanto a detta della Corte non sussiste

fra le categorie considerate, sia riguardo al trattamento economico in attività di servizio, sia riguardo al sistema contributivo preordinato al trattamento di quiescenza, parità di situazioni. Pertanto, rigettava la questione dell'art. 3, II comma, lettera b), della Legge n. 152 del 1968, il quale subordinava, per la prole maggiorenni del dipendente di ente locale deceduto in attività di servizio, il diritto all'erogazione in forma indiretta dell'indennità premio di servizio alle condizioni - non previste per gli orfani maggiorenni di dipendente statale, ai fini del diritto all'indennità di buonuscita - dell'inabilità a proficuo lavoro, della nullatenenza e della convivenza a carico, al momento del decesso del dante causa; escludeva altresì che desse luogo ad una discriminazione ingiustificata, la diversità di trattamento tra figli di dipendenti di enti locali a seconda che il loro genitore fosse deceduto o meno in attività di servizio, ritenendo diversa la situazione dei figli dei dipendenti deceduti in servizio, per i quali sorgeva ex novo un autonomo diritto alla indennità in questione, rispetto a quella dei figli del dipendente deceduto dopo avere maturato il diritto all'indennità stessa, entrata così a far parte del suo patrimonio e conseguita eventualmente dalla prole in base alle norme del diritto successorio.

Pardigmantica, poi è la giurisprudenza costituzionale in materia di regimi pensionistici dei liberi professionisti. (per una ricostruzione più dettagliata si rinvia a F. MIANI CANEVARI, *op. cit.*, p. 31 e ss.)

A titolo esemplificativo, si pensi alla sentenza n. 132 del 1984, in tema di sistema previdenziale degli avvocati in cui la Corte costituzionale riteneva ragionevole una differenza di trattamento tra gli stessi appartenenti alla medesima categoria. Secondo i Giudici costituzionali, non appariva irrazionale la scelta del legislatore di imporre l'obbligo contributivo a tutti gli esercenti con continuità la professione forense, escludendo nel contempo dalle pensioni di inabilità e di invalidità gli iscritti alla cassa dopo il quarantesimo anno di età e subordinando, per i medesimi, il conseguimento della pensione di vecchiaia e di anzianità al compimento di un periodo di iscrizione ed assicurazione di almeno trenta o trentacinque anni. (E ciò in ragione del principio solidaristico in quanto gli oneri previdenziali sono correlati alla capacità contributiva ed i benefici allo stato di bisogno degli interessati). La Corte costituzionale, poi, riteneva fuori luogo, anche in relazione al principio di gradualità che governa il miglioramento dei trattamenti previdenziali, il raffronto con le diverse disposizioni dettate in materia da altri ordinamenti previdenziali.

Diversamente, ritenendo irragionevole il trattamento differenziato tra liberi professionisti appartenenti medesima categoria in ragione di determinate condizioni, la sentenza n. 99 del 1990, con cui la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità della norma di cui all'art. 2, quinto comma, della legge n. 6 del 1981, che prevedeva la riduzione di un terzo della pensione di vecchiaia erogata dalla Cassa di previdenza degli ingegneri e architetti, quando il titolare restasse iscritto all'Albo professionale. Secondo la Corte, tale disposizione violava il principio di uguaglianza in quanto discriminava gli ingegneri affiliati alla Cassa, gravandoli di un disincentivo all'esercizio della professione dopo il pensionamento, dal quale erano, invece, esenti gli ingegneri iscritti ad altre forme di previdenza in dipendenza di un rapporto di lavoro subordinato o di altra attività di lavoro autonomo. Né, sotto il profilo del principio della ragionevolezza, la penalizzazione della prosecuzione dell'esercizio professionale appariva giustificata dal livello delle prestazioni, ovvero dalle condizioni di questo settore di mercato dei servizi, ovvero dalla situazione finanziaria della Cassa.

In ragione del confronto con altri ordinamenti previdenziali, si può ricordare, poi, la sentenza n. 133 del 1984, con cui la Corte costituzionale, in realtà confrontando situazioni analoghe (non uguali. Sulla differenza tra giudizio di uguaglianza - ragionevolezza e giudizio analogico, *Cfr.* A. MORRONE, *op. cit.*, p. 69), riteneva legittima l'imposizione dell'obbligo di iscrizione alla Cassa di previdenza per gli avvocati ed i procuratori, anche a quei professionisti che, come i professori universitari, siano contemporaneamente iscritti ad altro sistema previdenziale obbligatorio, avallando così la scelta del Legislatore in considerazione, tra l'altro, del fatto che l'opposta soluzione adottata, in analoga ipotesi, dal sistema previdenziale degli ingegneri ed architetti, stante la non omogeneità dei rispettivi ordinamenti, non può assumersi a parametro della legittimità della diversa normativa, propria del sistema forense (la quale del resto, corrisponde a quella per i sanitari, notai e dottori commercialisti).

Non sono mancate, poi, decisioni con cui la Corte costituzionale, riconoscendo “*il carattere multifunzionale e non necessariamente unidirezionale*” del principio di eguaglianza ha stabilito un livellamento dell’eguaglianza verso il basso, dichiarando

Oppure, più esplicitamente la sentenza anche la sent. n. 368 del 1988 con cui la Corte costituzionale riteneva non fondata la questione avente ad oggetto l'art. 2, 1° comma, l. n. 773 del 1982, in quanto, nell'elevare da venti a trenta anni il periodo minimo di iscrizione alla Cassa di previdenza per i geometri richiesto per conseguire la pensione di vecchiaia, non fa salvo, in via transitoria, il diritto degli iscritti sotto il precedente regime ad ottenere la pensione stessa dopo venti anni di iscrizione, a differenza di quanto previsto, in sede di analoga riforma, per gli iscritti alla Cassa di previdenza degli ingegneri e architetti. E ciò sulla base della non omogeneità dei regimi confrontati, essendo, le casse di previdenza delle varie categorie professionali, entità distinte con una propria autonomia ed un proprio equilibrio finanziario, sicché è giustificata una loro diversa regolamentazione, sia per quanto riguarda la normativa organica, sia per quanto concerne eventuali disposizioni transitorie. In senso analogo, la sentenza n. 108 del 1989 con cui la Corte costituzionale rigettava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, secondo comma, della legge n. 1046 del 1971, concernente la Cassa di previdenza per gli ingegneri e architetti, nella parte in cui esclude dall'iscrizione alla Cassa gli ingegneri e architetti iscritti a forme di previdenza obbligatoria in dipendenza dell'esercizio di un'altra attività di lavoro autonomo. La Corte costituzionale riteneva tale norma non contrastante con l'art. 3 Cost., ritenendo non rilevante che simile disposizione non fosse presente nella disciplina previdenziale di altre categorie professionali e, in particolare, in quella forense, in quanto, a detta della Corte costituzionale, i vari sistemi previdenziali, nell'ambito delle libere professioni, conservano una propria autonoma individualità e sono, pertanto, inconfondibili ai sensi dell'art. 3 Cost.

Oppure la sentenza n. 73 del 1992, con cui la Corte escludeva la violazione del principio di eguaglianza, della disposizione secondo cui la corresponsione della pensione di anzianità agli avvocati e procuratori sia subordinata alla cancellazione degli stessi dai relativi albi, trattandosi di una condizione strettamente inerente alla *ratio* di tale forma di pensione. In tale sentenza, la Corte riteneva non adottabile come criterio di valutazione, in quanto agganciata al diverso sistema dell'assicurazione generale obbligatoria, la disciplina riservata ad alcune categorie di lavoratori autonomi (coltivatori diretti, artigiani e commercianti) per i quali il diritto alla pensione di anzianità non era condizionato alla cessazione dell'attività.

Viceversa con la sentenza n. 437 del 2002, in ragione del raffronto con situazioni analoghe, la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità dell'art. 3 comma 2 l. 30 dicembre 1991 n. 414, nella parte in cui prevedeva l'incompatibilità della corresponsione della pensione di anzianità da parte della Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei ragionieri e periti commerciali, con l'iscrizione ad albi professionali o elenchi di lavoratori autonomi diversi dall'albo dei ragionieri e periti commerciali. La Corte costituzionale, ammessa la compatibilità della pensione di anzianità dei ragionieri o periti commerciali con lo svolgimento di un lavoro autonomo o subordinato, riteneva irragionevole e ingiustificatamente discriminatorio rispetto a situazioni sostanzialmente uguali e lesivo del principio del diritto al lavoro - stabilirne l'incompatibilità qualora per tale lavoro fosse prescritta l'iscrizione in un albo o in un elenco.

Dello stesso tenore, la sentenza n. 137 del 2006 con cui i Giudici costituzionali dichiaravano l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, secondo comma, della legge 20 ottobre 1982, n. 773, che subordinava l'erogazione della pensione di anzianità ai geometri alla cancellazione dall'albo e prevedeva l'incompatibilità con l'iscrizione a qualsiasi albo professionale o elenco di lavoratori autonomi e con qualsiasi attività di lavoro dipendente. In tale caso, la Corte guardava a quanto deciso in relazione ad analoghe norme dettate per altre categorie professionali.

l'illegittimità costituzionale della norma di favore³⁴³.

Per quanto riguarda, invece, il giudizio di razionalità intrinseca, è noto che con esso la Corte costituzionale valuti la coerenza del dettato legislativo senza ricorrere allo schema ternario.

Paradigmatica in tal senso è la sentenza n. 421 del 1991 con cui la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione che non prevede, nel caso di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale e viceversa, il proporzionamento dell'ammontare dell'indennità premio di servizio ai periodi pregressi di servizio a tempo pieno o, rispettivamente, ai periodi di servizio a tempo parziale.

Per quanto la Corte costituzionale muova dallo schema del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza (ritenendo tale norma illegittima in quanto introduce un trattamento uguale di situazioni disuguali) essa finisce per esprimere un giudizio sulla razionalità intrinseca della disposizione legislativa quale “*esigenza di conformità dell'ordinamento a principi di giustizia e di equità*”³⁴⁴

Anche in materia previdenziale, si possono individuare diversi profili, come classificati da una parte della dottrina³⁴⁵, alla luce dei quali la Corte costituzionale valuta la razionalità intrinseca della scelte del Legislatore. La Corte costituzionale, cioè, ha sindacato la “*razionalità intra-sistematica*”³⁴⁶, la non contraddizione delle disposizioni legislative rispetto al complessivo settore giuridico di riferimento, o, cosa più particolare, rispetto a precedenti decisioni pronunciate dalla Corte o un suo orientamento giurisprudenziale consolidato³⁴⁷; la coerenza della legge in relazione

³⁴³ Cfr., R. ALESSE, *Note minime cit.*, p. 2139; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza nella crisi dello Stato sociale cit.*, p. Paradigmatica, in tal senso, sono le sent. n. 225 del 1995 e n. 421 del 1995 già cit. nel paragrafo 4.2.c) di questa sezione.

³⁴⁴ Corte costituzionale, sent. n. 421 del 1991. Si vedano anche le considerazioni di F. MIANI CANEVARI, *op. cit.*, p. 5.

³⁴⁵ Cfr. A. MORRONE, *op. cit.*, p. 145 e ss.

³⁴⁶ Cfr. A. MORRONE, *op. cit.*, p. 155 e 160.

³⁴⁷ Cfr. A. MORRONE, *op. cit.*, p. 160 e ss.. L'autore cita a titolo esemplificativo di tale modo di intendere la razionalità intrinseca la sent. n. 439 del 1988 e 529 del 1988 con riferimento alle sentenze n. 6 del 1980 e alla n. 105 del 1980 in materia di parità uomo – donna quanto alla pensione di reversibilità e infortuni sul lavoro; sen. N. 195 del 1999 con cui la Corte costituzionale ha annullato la disposizione che escludeva, in assenza dei beneficiari in essa indicati, che l'indennità di buonuscita del dipendente deceduto per causa di servizio fosse oggetto di successione testamentaria o in mancanza di successione *ex lege*. In tale caso la Corte richiamava la *ratio decidendi* di precedenti pronunce (sent. n. 243 del 1997; n. 106 del 1996; n. 317 del 1991; n. 417 del 1989; n. 8 del 1972). L'autore, poi, distingue le decisioni in cui “*emergono i principi assunti per decidere in base al precedente*”(p.166), citando a titolo esemplificativo la sent. n. 189 del 1991 che si rifà alle sent. n. 73 del 1987 e n. 123 del 1990 in cui si afferma che la pensione di reversibilità è concessa al coniuge del lavoratore che abbia contratto il matrimonio dopo il settantaduesimo anno di età solo se siano

alla *ratio legis* che indice anche l'analisi della “*relazione intercorrente tra i mezzi impiegati e il fine perseguito*”³⁴⁸; l'adeguatezza della legge, vale a dire l’“*idoneità della legge al raggiungimento della ratio legis*”³⁴⁹; “*la devianza della norma dal fine legale*”³⁵⁰; la “*congruità dei criteri di computo di termini legali*” o dei criteri per stabilire il *quantum* di una prestazione previdenziale³⁵¹; infine l'evoluzione, “*il mutamento della ratio legis originaria di una determinata disciplina*”³⁵² che, come già osservato, può dar luogo a sentenze di legittimità costituzionale sopravvenuta.

5.1. La non iniquità, in una prospettiva temporale, del ragionevole bilanciamento tra diritti sociali e risorse finanziarie disponibili.

Sicuramente, però, la tecnica di giudizio più significativa è rappresentata dal bilanciamento tra interessi costituzionali che, in materia previdenziale, si configura,

decorso almeno due anni dal matrimonio; principio poi ripreso per la reversibilità delle pensioni di guerra (sent. n. 450 del 1991); delle pensioni Enasarco (sent. n. 1 del 1992; n. 162 del 1994).

Similmente, fanno “*un rinvio generale e indistinto*” a quanto definito nel precedente (p. 168), alcune sentenze in materia di riscatto dei periodi di studio (sent. n. 52 del 2000 rispetto alle sentenze n. 118 del 1996 e 535 del 1990) o sempre in tema di reversibilità della pensione in tal caso al coniuge che abbia contratto matrimonio dopo il pensionamento dell'assicurato (sent. n. 187 del 2000).

Più significativa ancora di tale tipologia di giudizio è il percorso giurisprudenziale della Corte costituzionale in tema di integrazione la minimo più volte richiamata.

³⁴⁸ A. MORRONE, *op. cit.*, in particolare p. 179 e p. 180. Quale esempio di tale profilo, l'Autore cita la sentenza n. 132 del 1984 già analizzata o la sent. n. 243 del 1990 con cui la Corte costituzionale annulla per difetto di coerenza con la *ratio legis*, la disposizione che “*ripristinava il principio di proporzionalità delle pensioni in base ai contributi senza alcun intervento di solidarietà, in violazione degli artt. 3 e 38 Cost. sul principio del minimo vitale*”.

³⁴⁹ A. MORRONE, *op. cit.*, p. 187. A tal proposito, l'Autore cita la giurisprudenza costituzionale in tema di livello adeguato della prestazione previdenziale a cui si può aggiungere la giurisprudenza costituzionale in tema di perequazione automatica di tali prestazioni già esaminate.

³⁵⁰ A. MORRONE, *op. cit.*, p. 208-209, in cui è citata a titolo esemplificativo la sent. n. 368 del 1988, in tema di regime previdenziale dei geometri già analizzata.

³⁵¹ A. MORRONE, *op. cit.*, p. 215, 232 e 233. A titolo esemplificativo dell'incongruità della disciplina di un termine “*che non consente al soggetto di disporre del necessario spatium deliberandi prima di esercitare il proprio diritto*” cita la sent. n. 156 del 1988 con cui la Corte costituzionale dopo aver sostenuto che “*l'esercizio di un diritto può essere dalla legge regolato e sottoposto a limiti*” che però “*devono essere compatibili con la funzione del diritto stesso e non devono comportare che ne resti escluso o reso difficoltoso l'esercizio*”, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione che impone al soggetto che abbia maturato i requisiti per andare in pensione, di dare comunicazione, entro un certo termine ritenuto inidoneo, dell'opzione circa la prosecuzione del rapporto lavorativo.

³⁵² A. MORRONE, *op. cit.*, p. 267. L'autore distingue diverse ipotesi, tra cui il caso in cui l'evoluzione del quadro normativo non sia ancora completato e, in tal caso, la Corte costituzionale, pur dando atto dell'evoluzione in corso, rigetta la questione e decide secondo la *ratio* della disciplina de *iure condito* (es. sent. n. 236 del 1993 in tema di omogeneizzazione dei trattamenti previdenziali tra categorie di dirigenti di enti locali e statali) o in cui viene utilizzato “*l'argomento storico-evolutivo, correlato a valori costituzionali violati nel caso di specie*” (es. sent. n. 55 del 1981; sent. n. 128 del 1981) (p. 269).

a prima vista, come bilanciamento “*inter – valori*”: diritti previdenziali dei singoli, da una parte, e salvaguardia dell’equilibrio finanziario, la ragione delle risorse economiche limitate, dall’altra.

Con tale tecnica di giudizio, la Corte costituzionale mira a dirimere in concreto un conflitto tra interessi contrapposti “*senza determinare alcun sacrificio rilevante di taluno di essi, ove per sacrificio rilevante si intende proprio quello che incide irragionevolmente sul ‘contenuto essenziale’ dell’interesse postergato*”³⁵³.

Il problema che si manifesta nel valutare le dinamiche del bilanciamento tra interessi in materia previdenziale è rappresentata dall’identificazione della precondizione essenziale, prescindendo dalla quale tale operazione appare iniqua: l’omogeneità dei valori-interessi oggetto di confronto. Essi, cioè, devono essere pariordinati.

Disconoscendo l’omogeneità dei valori confrontati, parte della dottrina ha ritenuto che il bilanciamento tra diritti sociali e limitata disponibilità delle risorse economiche fosse falsato, iniquo in quanto la scarsità delle risorse non potrebbe assurgere a valore costituzionalmente tutelato³⁵⁴.

Tale impostazione trovava conferma nella giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale di quel periodo: le ragioni dell’equilibrio finanziario rappresentavano effettivamente un limite esterno al bilanciamento operato dalla Corte costituzionale o comunque tali ragioni apparivano recessive rispetto all’esigenza di garantire un diritto fondamentale.

Tuttavia, già agli inizi degli anni ’90, la Corte incomincia a cambiare prospettiva, e a considerare l’equilibrio finanziario come valore controbilanciabile ai diritti di prestazione.

Significativa, oltre le sentenze analizzate in tale sezione (si veda soprattutto la

³⁵³ Cfr. A. MORRONE, *op. cit.*, p. 302. Si richiamano anche le considerazioni di G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. Cost.*, p. 1998, p. 3953 e ss.; O. CHessa, *Bilanciamento ben temperato o sindacato di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 1998, p. 3925 e ss.. Si vedano pure le considerazioni di L. D’ANDREA, sul concetto di “*valori costituzionali come fattori di unificazione e legittimazione del sistema*”, *op. cit.*, p. 271 e ss.

³⁵⁴ G. SILVESTRI che, commentando la sent. n. 455 del 1990 “*dove si parla di ragionevole bilanciamento del diritto alla salute con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie*”, esprimeva le sue perplessità: “*il bilanciamento dovrebbe essere operato tra valori, mentre la scarsità delle risorse costituisce un limite esterno al bilanciamento stesso e porta in campo il problema della sindacabilità dell’indirizzo politico in rapporto agli interessi costituzionalmente protetti*”. Aggiungendo, però che: “*Sembra pure da escludere che la Corte possa disconoscere che la bancarotta della finanza pubblica implicherebbe la compromissione dell’effettività di un gran numero di diritti garantiti dalla Costituzione*”. Così G. SILVESTRI in AA VV. *Le sentenze della Corte costituzionale e l’art. 81 cit.*, p. 82.

sent. n. 240 del 1994) è la sentenza n. 260 del 1990 in cui la Corte costituzionale riconosceva l'importanza delle scelte di bilancio, rimesse all'insindacabile discrezionalità politica, nei cui confronti la stessa Corte costituzionale sembrava mostrare rispetto a tal punto che, in tale sentenza, non mancava di precisare che *“il valore costituzionale dell'equilibrio finanziario, desumibile dall'art. 81 della Costituzione, ... [rappresenta] un elemento della complessiva ponderazione dei valori costituzionali”*.

O ancor più, la sentenza n. 78 del 1995 in cui emerge come le ragioni delle disponibilità finanziarie diventano sempre più centrali, anche a discapito della garanzia dei diritti previdenziali, lasciando così intendere, da parte della Corte costituzionale, – e le decisioni processuali degli anni successivi lo dimostrano – una crescente apertura nei confronti delle scelte discrezionali del Legislatore.

Proprio con riguardo a tale atteggiamento, parte della dottrina ha criticamente sottolineato come, dopo il 1995, *“il principio dell'equilibrio finanziario cessa di partecipare alla complessiva ponderazione tra interessi costituzionali, per essere assunto come dato aprioristico che tende a sottrarsi al controllo di ragionevolezza: ‘solo il legislatore è costituzionalmente abilitato a compiere gli apprezzamenti necessari a comporre nell'equilibrio di bilancio le scelte di compatibilità e di relativa priorità nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello stato’”*³⁵⁵.

Sulla stessa linea di pensiero è chi, a proposito dell'incidenza dell'equilibrio finanziario sulle decisioni delle Corte costituzionale, ha ritenuto che le ragioni dell'equilibrio finanziario (così come l'esigenza di una graduale evoluzione del sistema previdenziale) anziché essere inseriti nella trama di autentici bilanciamenti, sono chiamati dalla Corte come *“giustificazioni stereotipate delle scelte che il Legislatore può compiere nel determinare le modalità di erogazione delle prestazioni pubbliche. In nome di una gradualità dipendente dal condizionamento finanziario, si sono troppo spesso giustificate scelte discrezionali, delimitazioni dei diritti di prestazione”*.³⁵⁶

O come chi, infine, ritiene tale bilanciamento iniquo, in quanto *“un vero bilanciamento è prospettabile solo tra termini uguali: e così non è quando si confrontino le ragioni dell'economia con quelle dei diritti sociali delle persone, perché il fine – il soddisfacimento dei diritti sociali non può essere posto sullo stesso piano del mezzo – efficienza economica”*³⁵⁷

Quest'ultimo orientamento appare, dal mio punto di vista, fortemente

³⁵⁵ Così A. ANDREONI, *op. cit.*, p. 328, in commento alla sentenza n. 27 del 1998. Così anche R. GRECO *op. cit.*; C. COLAPIETRO, *op. cit.*, p. 374.

³⁵⁶ Cfr. in particolare C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, p. 548 e ss.

³⁵⁷ Cfr. M. LUCIANI, *I diritti sociali cit*, p. 100.

convincente.

Tuttavia, è doveroso riconoscere che - e l'esame della giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale sembra confermarlo - l'equilibrio finanziario, se non si pone come valore in sé, come 'valore autonomo'³⁵⁸, esso rappresenta comunque un 'valore', sebbene 'funzionale', 'relazionale', in quanto posto a garanzia e a salvaguardia dell'inviolabilità stessa, nel tempo, dei diritti sociali.

Ed allora, assumendo una prospettiva temporale non limitata a quella presente, si può cercare di ovviare all'iniquità in cui si 'inciampa' quando si cerca di comprendere le trame del bilanciamento operato dalla Corte costituzionale tra diritti previdenziali e risorse finanziarie.

Dando rilevanza centrale nel giudizio di ragionevolezza complessivamente inteso, alle ragioni di salvaguardia dell'equilibrio finanziario, il Giudice delle leggi ha sì avallato nel tempo una trasformazione del sistema previdenziale italiano, una sua razionalizzazione in ragione delle risorse economiche disponibili in un determinato momento storico.

Tuttavia lo ha fatto sempre, in ragione della sostenibilità nel tempo della dimensione inviolabile, necessariamente pubblicistica, dello Stato sociale.

Come più volte si è avuto modo di rilevare nel corso di questo elaborato, non si deve dimenticare che l'art. 38 della Cost., si pone in un rapporto di mezzo a fine (o meglio di specie a genere) rispetto al principio sancito all'art. 3 II comma, quale fondamentale principio giuridico di organizzazione e razionalizzazione dei diritti sociali in rapporto agli interessi dell'intera comunità statale. Esso è, cioè, strumento di giustizia sociale, *infragenerazionale* ma anche *intergenerazionale*.

Da questo punto di vista, dunque, l'efficienza economica, l'equilibrio finanziario non sono solo dei mezzi. Sono valori funzionali alla concreta realizzazione della solidarietà sociale, *infragenerazionale* e *intergenerazionale*, su cui regge l'intero sistema di sicurezza sociale pubblica.

Lo afferma espressamente la Corte costituzionale, nella sentenza n. 390 del 1995, già menzionata³⁵⁹: *"....è innegabile che il più severo regime dei requisiti di concedibilità della pensione trovi razionale giustificazione nell'inderogabile esigenza di assicurare un equilibrato andamento del bilancio della Cassa...ed ovviare le difficoltà che avrebbero potuto riflettersi sulla*

³⁵⁸ Cfr. D. BIFULCO, *op. cit.*, p. 211. L'autrice nega che l'equilibrio finanziario possa essere un valore in sé *"come possiamo affermare invece per i diritti sociali, viste le matrici assiologiche di cui questi ultimi sono permeate e che rendono quei diritti, appunto valori autonomi"*.

³⁵⁹ Sentenza già cit. vedi anche sent. n. 2 del 1992.

capacità stessa di effettuare in futuro le prestazioni pensionistiche a tutti gli aventi diritto”.

Ed allora, in questa prospettiva diacronica, è possibile riscoprire l’omogeneità dei beni posti a confronto in questo bilanciamento che, solo a prima vista, a mio giudizio, appare falsato ed iniquo.

Da questa prospettiva, esso non appare più come un bilanciamento “*inter-valori*” ma come bilanciamento “*intra-valori*”³⁶⁰.

Se, infatti, “*le condizioni del bilanciamento possono ritenersi sussistenti tutte le volte in cui si abbia certezza dell’an dell’oggetto del bilanciamento sulla sua futura esistenza, ben potendo passare in secondo piano le altre caratteristiche (quid, quomodo, quando)*”³⁶¹ un tale bilanciamento è allora ipotizzabile come equo, in quanto operato proprio tra valori costituzionali uguali *nel tempo*, e, cioè, tra la garanzia costituzionale dell’inviolabilità dell’an della prestazione previdenziale del ‘padre’, pensionato attuale, e la garanzia costituzionale dell’inviolabilità dell’an della prestazione previdenziale del ‘figlio’, pensionato futuro³⁶².

Alla luce di queste considerazioni, nel dimostrare (o a riprova della) l’incidenza della dimensione futura sugli assetti del nostro ordinamento costituzionale e nel dimostrare (o a riprova del) il rapporto di *do ut des* tra generazione presente e futura, su cui è costruito il sistema previdenziale pubblico, due aspetti, messi in luce dalla giurisprudenza più recente, assumono rilevanza per la sostenibilità, in materia

³⁶⁰ La distinzione tra le due forme di bilanciamento è di A. MORRONE, *op. cit.*, p. 281.

³⁶¹ Così R. BIFULCO, A. D’ALOIA, che ricordano che l’uso dell’aggettivo razionale che spesso ricorre, richiama alla tecnica della ragionevolezza come metodo di bilanciamento degli interessi delle generazioni presenti con quelli delle generazioni future. R. BIFULCO, A. D’ALOIA *op. cit.* p. XXVI. Si richiamano altresì le considerazioni di C. PINELLI, *Titano, l’eguaglianza e un nuovo tipo di principio*, *op. cit.*, p. 1792 e ss. Si richiamano anche le considerazioni di D. BIFULCO, *op. cit.*, la quale pur considerando il bilanciamento tra equilibrio finanziario e diritti sociali come iniquo, afferma che “... può osservarsi come, in base alla supremazia assiologia che abbiamo detto essere propria del concetto di persona umana, potrebbe ipotizzarsi

³⁶² Si richiamano altresì le interessanti e condivisibili considerazioni di D. BIFULCO, *op. cit.*, p. 213, la quale, pur considerando il bilanciamento tra equilibrio finanziario e diritti sociali come iniquo, afferma che “... può osservarsi come, in base alla supremazia assiologia che abbiamo detto essere propria del concetto di persona umana, potrebbe ipotizzarsi un solo possibile argomento in grado di controbilanciare con forza le ragioni di diritti sociali. A tal fine occorre fare riferimento ad prospettiva teorica che, accentuando la componente temporale dei diritti fondamentali, ha evidenziato come determinati diritti fondamentali tutelino non solo i singoli individui durante la limitata durata della propria vita, bensì anche un’intera generazione futura. Tale profilo giunge a rendere più complesso il nostro tema, dal momento che al rispetto dell’equilibrio finanziario si aggiungerebbe un profilo di tutela ulteriore: l’assunzione di debiti da parte dello stato troverebbe cioè un limite nella tutela delle generazioni future, sulle quali non dovrebbero gravare oltremisura gli squilibri economico-finanziari dovuti tra l’altro, a bilanciamenti scorrettamente attuati dalle presenti generazioni.”. In tal senso, si rinvia anche alle più recenti considerazioni di M. PERSIANI, *Conflitti già cit.*

previdenziale, dell'equità intergenerazionale:

la tutela del 'contenuto minimo essenziale' del diritto alla pensione e il principio di gradualità nell'attuazione dei diritti previdenziali o, più in generale, delle riforme previdenziali.

5.1.1. *Il contenuto minimo essenziale del diritto alla pensione.*

Dalla fine degli anni '90 ad oggi, la Corte costituzionale ha incominciato a porre l'accento sul contenuto minimo essenziale dei diritti previdenziali, non sacrificabile rispetto ad nessun altro principio, valore o interesse costituzionale in sede di bilanciamento.

Secondo una teoria *assoluta* a cui la Corte costituzionale sembrerebbe dar seguito in materia previdenziale, il contenuto minimo essenziale rappresenta “*un quid necessario che non può essere compresso senza stravolgere il senso generalmente riconosciuto a quel medesimo diritto e al valore che lo giustifica*”³⁶³. Con la conseguenza che, specie per i diritti previdenziali, sono ravvisabili, secondo un determinato orientamento dottrinale³⁶⁴, tre livelli di tutela: un livello minimo assoluto ed inviolabile, che prescinde da qualsiasi bilanciamento; un livello intermedio che può essere ridotto secondo il canone della gradualità per esigenze di *deficit* pubblico ed un terzo, invece, rimesso alla completa discrezionalità del legislatore.

Ciò emerge con evidenza nelle sentenze della Corte costituzionale in tema di integrazione al minimo³⁶⁵; è emerso anche nelle sentenze con cui la Corte costituzionale ha giudicato l'inaffidabilità del *referendum* del 2000³⁶⁶, proprio alla luce del contenuto minimo inderogabile dei singoli diritti sociali 'in gioco'.

Ciò emerge però anche in altre decisioni, come per esempio nella sent. n. 457 del 1998 (sul trattamento di previdenza per gli addetti ai pubblici servizi di telefonia in concessione) in cui la Corte costituzionale, pur dichiarando l'infondatezza della questione proposta, non mancava di affermare che “*nell'attuazione di tali principi*

³⁶³ Così I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998, p. 1309 e ss., la quale effettua una disamina dei diversi orientamenti dottrinari in tema di contenuto essenziale, distinguendo tra teorie assolute e relative. Si vedano anche le considerazioni di C. SALAZAR, *Il Riconoscimento dei diritti sociali cit.*; e di D. BIFULCO, *op. cit.*

³⁶⁴ Così I. MASSA PINTO, *La discrezionalità cit.*, p. 1825.

³⁶⁵ Cfr. in particolare sent. n. 240 del 1994 già citata.

³⁶⁶ Sent. n. 509 del 2000 consultabile in *Riv. Giur. del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, con nota di L. FASSINA, *La risposta della Corte costituzionale al referendum sullo Stato sociale*, in *Riv. Giur. Del lavoro e della previdenza sociale*, p. 78

[adeguatezza della prestazione previdenziale alle esigenze di vita] *il legislatore gode di una sfera di discrezionalità, anche in relazione alle risorse disponibili almeno quando non sia in gioco la garanzia delle esigenze minime di protezione della persona*” (espressione che si rinviene anche nella giurisprudenza più recente³⁶⁷). Dello stesso tenore, è la sent. n. 393 del 2001 in cui i Giudici costituzionali affermano che “ *sul piano costituzionale, il bene protetto è rappresentato dal conseguimento della pensione al minimo, mentre non gode uguale protezione il raggiungimento del trattamento pensionistico al massimo*”³⁶⁸.

Sembra dunque che la Corte costituzionale sia intenzionata a fissare ‘un punto di non ritorno’³⁶⁹ dello Stato sociale: anche in momenti di crisi finanziaria, deve essere garantito in via legislativa il contenuto minimo del diritto alla pensione, avallando, così, l’idea già espressa, sulla congenita struttura ‘bidimensionale’ del diritto alla pensione: costituzionale e inviolabile (con riguardo al contenuto minimo), e al contempo legale; statica (con riguardo al contenuto minimo) ma, contestualmente, suscettibile di attuazione dinamica da parte del legislatore di ogni tempo.

5.1.2. *Il principio di gradualità nell’attuazione delle riforme pensionistiche, quale meccanismo di garanzia dell’equità intergenerazionale in materia pensionistica.*

Da quanto poc’anzi accennato e, altresì, dalla ricostruzione del percorso giurisprudenziale in tema di diritti quesiti, si evince come la Corte costituzionale abbia individuato proprio nella garanzia del ‘contenuto minimo dei diritti previdenziali’, il ‘limite dei limiti’, il limite, cioè, entro cui le scelte discrezionali del legislatore possano definirsi ragionevoli sia quando incidono sul passato sia quando invece incidono sul futuro.

La Corte costituzionale, cioè, ritiene irragionevole una riduzione del trattamento previdenziale solo quando:

- volta al passato, essa vada a vanificare la prestazione previdenziale già erogata (es. Corte cost. sent. n. 211 del 1997);
- volta al futuro, vada ad incidere sui benefici accordati a un soggetto che presenta una situazione di basso reddito (sent. 240 del 1994).

³⁶⁷ Il Giudice *a quo* prospettava l’illegittimità costituzionale della disposizione che non prevedeva alcuna forma di rivalutazione del valore nominale della retribuzione pensionabile anche in riferimento all’art. 38 Cost., in ordine alla proporzione fra trattamento previdenziale e qualità e quantità del lavoro svolto, e alla sufficienza del trattamento medesimo ad assicurare le esigenze di vita del lavoratore pensionato. Così anche ord. n. 531 del 2002. Si vedano anche sentt. n. 119 del 1991; n. 226 del 1993.

³⁶⁸ Così anche ord. n. 195 del 2001.

³⁶⁹ Così D. BIFULCO, *op. cit.*, p. 185.

E' evidente, che entro tali 'confini' assai ampi, la Corte costituzionale riconosca la discrezionalità del Legislatore, in merito alla modulazione temporale dell'attuazione della disciplina previdenziale.

Proprio in relazione a questo aspetto, la Corte costituzionale indica un principio che, da una parte, 'orienta' l'esercizio di tale potere discrezionale entro i limiti così individuati e, dall'altra, conferma la 'relativizzazione', nel tempo, della tutela dei diritti quesiti.

Ci si vuole riferire all'importanza che la Corte costituzionale riconosce al principio di gradualità nella realizzazione delle riforme previdenziali e, collegato ad esso, al carattere discriminante del fluire del tempo nell'attuazione della disciplina previdenziale³⁷⁰.

Come ricorda G. ZAGREBELSKY, infatti, “ *il diritto sociale condizionato specie se a carattere economico, ha una gradualità di evoluzione tenuto conto delle complessità del programma, della molteplicità, delle finalità, delle ampiezza dell'intervento delle scelte di politica economica necessaria al reperimento delle risorse*”³⁷¹.

Tale principio comporta che, individuata dal Legislatore una 'regola generale' della disciplina previdenziale, da estendere con efficacia retroattiva anche alle situazioni giuridiche pregresse, siano definite “...*le tappe intermedie di progressivo accostamento [a tale regola]. Di conseguenza, chi fruisce della regola propria di una o dell'altra delle tappe intermedie, non si vede applicata la regola previgente alla riforma, ma nemmeno subisce l'applicazione della regola a regime*”³⁷².

Paradigmatica, in quanto fortemente esplicativa della rilevanza anche costituzionale del principio di gradualità è la sentenza di rigetto n. 374 del 1988, in

³⁷⁰ Spiega così l'importanza del principio di gradualità A. MOSCARINI, *La Corte sociale contro lo Stato sociale?*, in *Giur. Cost.*, cit., p. 2058: “...*ha consentito alla Corte una opera di concretizzazione dei diritti sociali ispirata alla fluidità e al mutamento, nel tempo, del loro contenuto minimo secondo il criterio di gradualità seguito dal legislatore nella attuazione progressiva dei diritti medesimi, specie con riferimento a quelli che godono pro tempore di una tutela privilegiata. Si tratta di una scelta necessitata per la Corte la quale, se non vuol porsi al di fuori della forma di governo è tenuta a prendere in considerazione la questione del limite delle risorse disponibili ed in base ad essa a tutelare il diritto ... in ragione della sua compatibilità con quel limite. Si è dunque affermato un principio di universalità dei diritti sociali, i quali, lungi dall'appartenere ad una minoranza di soggetti socialmente svantaggiati, appartengono all'universalità degli uomini: proprio in quanto appartenenti alla universalità degli uomini occorre che siano resi compatibili con le risorse limitate secondo una prospettiva di giustizia distributiva.*”

³⁷¹ Cfr. Relazione annuale sulla giurisprudenza della Corte costituzionale per l'anno 2004, consultabile sul sito *internet* www.cortecostituzionale.it

³⁷² Così A. PANDOLFO, *Diritti quesiti e riforma pensionistica*, in *Riv. Dir. lav.*, 1994, p. 295 e ss. L'autore offre anche una particolare lettura della categoria dei diritti quesiti. Egli distingue, proprio in ragione della disciplina legislativa da applicare alle situazioni pregresse, diritti quesiti *pieni* e diritti quesiti *parziali*, mettendo in rilievo l'importanza della modulazione dell'attuazione dello *jus superveniens* in relazione all'anzianità maturata dal singolo lavoratore.

tema di contribuzione figurativa³⁷³. Il Giudice delle leggi elevava il principio di gradualità a garanzia della sistematicità e coerenza dell'ordinamento previdenziale, affermando che *“in materia di revisione o di riforma del sistema previdenziale, attesi anche i conseguenti oneri finanziari, la gradualità si presenta, proprio per le difficoltà finanziarie da superare, come un modo di essere necessario ed interamente coerente del fenomeno visto nel suo pratico atteggiarsi e appare come caratteristica, del pari necessaria e, comunque, compatibile del fenomeno stesso nella sua rilevanza costituzionale”*.

Guardando, poi, più nello specifico all'orientamento della Corte costituzionale in tema di attuazione graduale delle riforme previdenziali, si può notare come esso sia stato declinato in diversi modi:

- è stato utilizzato per giustificare un tendenziale e graduale innalzamento del livello di tutela previdenziale (principio di gradualità *‘verso l’alto’*);
- è stato utilizzato, al contrario, per avallare le scelte discrezionali del Legislatore di contenimento della spesa pubblica e per attenuare gli effetti negativi dell'attuazione, con efficacia retroattiva anche ai rapporti previdenziali *in itinere*, di una riforma che introduce un trattamento di sfavore rispetto alla disciplina previdente (principio di gradualità *‘verso il basso’*);
- infine, è stato utilizzato per dare rilevanza al *‘fluire del tempo’* e, dunque, per escludere l'irragionevolezza della scelta del Legislatore di non estendere, in via retroattiva, disposizioni che introducono un trattamento previdenziale migliorativo rispetto a quello precedente.

In relazione al primo modo di declinare la gradualità, si può guardare a quanto affermato dalla Corte costituzionale già nella sentenza n. 26 del 1980 in tema di

³⁷³ La questione di legittimità costituzionale riguardava l'art. 3 della legge 20 maggio 1975 n. 164 il quale, escludendo dalla contribuzione figurativa i periodi di intervento della Cassa integrazione guadagni per contrazione dell'orario di lavoro, secondo il giudice a quo avrebbe violato gli artt. 3 e 38 Cost. perchè i lavoratori che subiscono la riduzione di orario sarebbero risultati discriminati arbitrariamente rispetto ai lavoratori sospesi *in toto* dall'attività lavorativa, ammessi a contribuzione figurativa, sebbene in entrambi i casi si verificasse il medesimo evento della perdita incolpevole della retribuzione ed, inoltre, sarebbero stati privati della tutela previdenziale, pur in presenza di una perdita di retribuzione dovuta a fatto ad essi non imputabile. La Corte costituzionale riteneva infondata la questione in quanto il Legislatore avrebbe agito con gradualità, in quanto *“... è riservato al legislatore ordinario il compito di determinare, con una razionale considerazione delle esigenze di vita dei lavoratori e delle effettive disponibilità finanziarie, l'ammontare delle prestazioni o le modifiche della loro misura allo scopo di rendere sempre più attuale e costante il rapporto tra quei termini che subiscono variazioni nonchè la scelta dei tempi e dei modi, la completa parificazione dei trattamenti e delle discipline delle situazioni meritevoli di tutela che, fino a quel momento, erano state trattate in modo differente”*. La Corte, poi escludeva che l'intervento potesse essere arbitrario, anche in relazione alla diversa situazione delle categorie di lavoratori confrontate.

adeguatezza e proporzionalità del trattamento previdenziale . Secondo la Corte costituzionale, il fatto che la pensione possa coincidere con l'ultima retribuzione goduta all'atto della cessazione dal servizio rappresenta "... *obiettivo indubbiamente ottimale. Ad esso, il Legislatore può però con gradualità avvicinarsi....nell'esercizio di una sua discrezionalità che faccia pur sempre salvi gli inderogabili criteri di proporzionalità ed adeguatezza*"³⁷⁴.

Successivamente, specie a metà anni '90, la Corte utilizza il principio di gradualità, 'verso il basso', per attenuare gli effetti negativi dell'attuazione, con efficacia retroattiva anche ai rapporti previdenziali *in itinere*, di una riforma che introduce un trattamento di sfavore rispetto alla disciplina previdente.

A tal proposito si richiama quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza di rigetto n. 205 del 1995 in cui i Giudici costituzionali stabilivano che "il

³⁷⁴ Dello stesso tenore, Corte cost., sent. n. 119 del 1991. Sull'uso del principio di gradualità 'verso l'alto', si richiamano, a titolo esemplificativo, anche Corte cost. ord., n. 120 del 1989. La Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza, in riferimento all'art. 3 Cost., della questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 della legge n.155 del 1981, n. 155, dell'art. 3, tredicesimo comma, della legge n. 297 del 1982 e dell'art. 9 della legge n.140 del 1982, nella parte in cui veniva esclusa l'applicabilità di tali norme alle pensioni liquidate con decorrenza anteriore, rispettivamente, all'1 gennaio 1981, 1983 e 1985. Anche in tal caso, la Corte riconosceva la sussistenza in materia pensionistica di una discrezionalità del legislatore "*i cui interventi per la concessione di miglioramenti dei relativi trattamenti, si realizzano con la gradualità imposta da scelte di politica sociale ed economica, improntate anche alla valutazione delle necessità di bilancio ed alla finalità di risanamento e ripianamento delle gestioni previdenziali*"; Corte cost., ord. n. 221 del 1989. La Corte dichiarava la manifesta infondatezza, in riferimento all'art. 3 Cost., della questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, ultimo comma, del D.P.R. 8 agosto 1986, n. 538, denunciato in quanto non prevede la applicazione retroattiva dell'estensione (come da esso operato) agli iscritti agli Istituti di previdenza, del principio di irripetibilità dei maggiori assegni corrisposti erroneamente dall'Amministrazione. Anche in tal caso la Corte non mancava di affermare che fosse espressione della discrezionalità legislativa il progressivo miglioramento dei trattamenti previdenziali, da attuare con gradualità di passaggi, di modo che la fissazione di un momento temporale di decorrenza fosse inevitabile; Corte cost., ord., n. 671 del 1988 con cui la Corte riconosceva la manifesta infondatezza, in riferimento all'art. 3 cost., della questione di legittimità costituzionale dell'art. 27, ult. comma, della legge n. 177 del 1976, , nella parte in cui limita alle cessazioni dal servizio successive alla sua entrata in vigore la riduzione a quindici, rispetto al maggior periodo di venti anni stabilito dall'art. 42, d. p. r. 29 dicembre 1973, n. 1092, la durata minima dell'effettivo servizio prestato per conseguire il diritto al trattamento pensionistico, anche a fini di reversibilità. Tale dubbio era da disattendere in quanto "è espressione della discrezionalità legislativa il progressivo miglioramento dei trattamenti previdenziali, da attuare con gradualità di passaggi; conseguentemente, quando un'innovazione legislativa non è, come nella specie, in sé irrazionale, la fissazione di un momento temporale di decorrenza è inevitabile e al legislatore non può essere precluso il potere di adeguare la disciplina giuridica agli sviluppi della realtà socio-economica in cui questa è destinata a calarsi. Dello stesso tenore, Corte cost, ord. n. 669 del 1988; n. 672 del 1988; Corte cost., Ord. n. 171 del 1990, in cui ancora una volta, la Corte costituzionale riconosceva in materia pensionistica la discrezionalità del legislatore, i cui interventi per la concessione di miglioramenti dei trattamenti pensionistici si realizzano con la gradualità imposta da scelte di politica sociale ed economica, improntate anche alla valutazione delle necessità di bilancio ed alla finalità di risanamento e ripianamento delle gestioni previdenziali.

*discrimine ratione temporis contenuto nella denunciata normativa è giustificato dal principio di gradualità dell'intervento legislativo per l'attuazione di un sistema attuale di prestazioni previdenziali secondo la direttiva dell'art. 38 Cost.. Principio...che legittima differenze di trattamento collegate alla successione temporale*³⁷⁵.

Ancor più significativa è la sentenza di accoglimento n. 240 del 1994 già citata, in tema di cristallizzazione di pensioni integrate al minimo, con cui la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata in quanto lesiva degli art. 3 e 38 comma 2 Cost., nella parte in cui andava a ledere anche la posizione del pensionato che, pur con l'apporto di una seconda pensione, risultava in possesso di un reddito complessivamente inferiore al limite legale. Proprio in tale sentenza la Corte dava copertura costituzionale al principio di gradualità dell'attuazione delle riforme previdenziali, stabilendo che “... *il principio di solidarietà (sotteso all'art. 38 cost.) coordinato col principio di razionalità-equità (art. 3 cost.), impone una disciplina transitoria che assicuri un passaggio graduale al trattamento meno favorevole*”³⁷⁶

Ovviamente, il riconoscimento della necessità di attuazione graduale delle riforme previdenziali - tanto ‘verso l’alto’ quanto ‘verso il basso’ - è determinato dal riconoscimento da parte della Corte del necessario bilanciamento con le risorse economiche disponibili.

A titolo esemplificativo, si può far riferimento all’ordinanza n. 836 del 1988 in cui si affermava che la valutazione del tempo e dei modi della perequazione delle pensioni fosse rimessa alla discrezionalità del legislatore che l'attua con gradualità, in ordine alle disponibilità finanziarie, comportando tale istituto un aggravio del bilancio³⁷⁷.

Od anche alla sentenza n. 320 del 1995, con cui la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 n. 3 del D. L. n. 71 del 1993 nella parte in cui

³⁷⁵ La Corte rigettava per infondatezza la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della Legge n. 222 del 1984 proposta, in riferimento agli art. 3 e 38 cost., nella parte in cui non consente il conseguimento della pensione di inabilità a coloro che, pur affetti da inabilità assoluta, siano titolari di pensione di invalidità da una data anteriore all'entrata in vigore della legge stessa.. Richiamando il principio di gradualità, la Corte avallava la scelta del legislatore di porre una cesura, concettuale e temporale, rispetto ai criteri collegati alla capacità di guadagno, che informavano la precedente disciplina, sopprimendo ogni riferimento alla situazione socio-economica nell'accertamento dell'invalidità..

³⁷⁶ Così anche Corte cost. n. 16 del 1995.

³⁷⁷ Con tale ordinanza la Corte rilevava la manifestamente infondatezza della questione di legittimità della Legge n. 628 del 1973, nella parte in cui non prevede la riliquidazione con il computo dell'assegno perequativo teorico e dell'indennità di servizio delle pensioni percepite dal personale militare (diverso da quello che ha lasciato il servizio con il grado di colonnello e di generale) cessato dal servizio anteriormente al 1° gennaio 1973.

prevedeva che le somme dovute dall'Inps a titolo di sgravi contributivi, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 261 del 1991, fossero rimborsate ratealmente in dieci anni senza oneri per l'istituto di rivalutazione ed interessi e senza possibilità di compensazione con i debiti dell'imprenditore verso lo stesso Inps. Anche in relazione all'esecuzione delle sentenze 'di spesa' che comportano l'onere per il Legislatore di apprestare mezzi economici necessari, la Corte costituzionale riteneva giustificata la gradualità nell'esecuzione di tale decisione, in relazione alle esigenze di reperimento delle risorse finanziarie.

In merito invece al terzo significato che può assumere tale principio, si nota come la Corte costituzionale abbia utilizzato spesso *“la categoria del tempo, come causa giustificativa di un diverso trattamento previdenziale”*³⁷⁸.

Anche in tal caso, però, la discrezionalità del legislatore in tema di modulazione temporale dell'applicazione dei trattamenti previdenziali è soggetta comunque al sindacato di legittimità costituzionale, sebbene anche solo sotto il profilo del controllo della ragionevolezza.

A titolo esemplificativo, si richiama l'ordinanza n. 77 del 2008 in tema di pensionamento anticipato dei dipendenti della regione Sicilia. La questione di legittimità costituzionale riguardava l'art. 20, comma 4, della legge della Regione Siciliana 29 dicembre 2003, n. 21. Tale norma prevede, a decorrere dal 31 dicembre 2003, l'abrogazione dei commi 2, 3, 4, 5, 6 e 8 dell'art. 39 della legge della Regione Siciliana 15 maggio 2000, n. 10.

Secondo il giudice *a quo*, la censurata abrogazione avrebbe, da un lato, creato una grave disparità di trattamento tra coloro che, destinatari dell'originaria disposizione (art. 39 della legge n. 10 del 2000), appartenenti ai primi contingenti, sono stati effettivamente collocati a riposo e coloro che, invece, sono stati bloccati dall'abrogazione dell'art. 39 (sancita dalla norma impugnata), trattandosi di situazioni identiche e comparabili.

La Corte costituzionale dichiarava la manifesta infondatezza della questione, ritenendo la scelta del Legislatore rispondente al canone della ragionevolezza e, ripercorrendo un orientamento ormai consolidato, sottolineava come nei rapporti di durata, *“il fluire del tempo – il quale costituisce di per sé un elemento diversificatore che consente di trattare in modo differenziato le stesse categorie di soggetti, atteso che la demarcazione temporale consegue come effetto naturale alla generalità delle leggi – non comporta, di per sé, una lesione del*

³⁷⁸ Così A. ANDREONI, *op. cit.*

principio di parità di trattamento sancito dall'art. 3 della Costituzione”, tenuto conto, tra l'altro “*come l'elemento temporale sia un legittimo criterio di discriminare allorquando esso intervenga a delimitare le sfere di applicazione di norme nell'ambito del riordino complessivo della disciplina attinente ad una determinata materia*”, come nel caso prospettato.³⁷⁹

Si può così certo affermare, in conclusione che il principio di gradualità si pone come principio cardine di diritto intertemporale e garanzia dell'equità tra generazione passata, presente e futura in relazione alle distribuzioni temporali delle risorse economiche limitate.

³⁷⁹ Tale orientamento risulta ormai consolidato. Si vedano, tra tante: Corte cost., sent. n. 113 del 1977 con cui si riconosceva l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 49 della legge 30 aprile 1969 n. 153 (Revisione degli ordinamenti pensionistici e norme in materia di sicurezza sociale), in riferimento all'art. 3 della Costituzione. Secondo la Corte costituzionale la violazione dell'art. 3 Cost. “*in tanto può ritenersi sussistente in quanto siano regolate diversamente situazioni obiettivamente omogenee e non sussista una razionale giustificazione di questa diversità*”. Il limite alla discrezionalità del legislatore veniva individuato, dunque nella ragionevolezza della diversità di trattamento. Nella specie, la dedotta disparità - relativamente al computo del periodo di servizio militare - tra due categorie di pensionati, a seconda della decorrenza della pensione di vecchiaia, anteriore o posteriore al 1° maggio 1969, data di entrata in vigore della legge n. 153 del 1969, veniva riconosciuta come conseguenza giuridica della successione delle leggi nel tempo. “*Tale diversità non può ritenersi arbitraria, perché è giustificata dalla diversità delle situazioni in cui si sono succedute le leggi regolatrici della materia previdenziale, con le quali il legislatore dà attuazione, con necessaria gradualità, alla volontà di riforma del sistema previdenziale, ampliando la tutela pensionistica in tempi differenti, nei limiti consentiti, di volta in volta, dalle disponibilità finanziarie*”. Dello stesso tenore, sent. n. 132 del 1971, sent. n. 128 del 1973, sent. n. 33 del 1975 e sent. n. 187 del 1976.

Si veda anche Corte Cost., ord. n. 121 del 2003. La Corte dichiarava la manifestamente infondatezza, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 69 comma terzo, R.D.L. 3 marzo 1938 n. 680, nella parte in cui stabilisce che la durata dei corsi universitari o equiparati - valutabile per il riscatto ai fini pensionistici, per i dipendenti degli enti locali cessati dal servizio prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 30 aprile 1997 n. 184 - si considera ‘continuativa’, con una riduzione del periodo riscattabile nel caso in cui tale periodo venga a coincidere con quello della prestazione del servizio militare, in quanto, premesso che in materia di anzianità convenzionale, deve riconoscersi al legislatore una ampia discrezionalità, con il solo limite, sicuramente non violato nella specie, della non arbitrarietà. Anche in tal caso, la Corte costituzionale riteneva non in contrasto con il principio di eguaglianza un differenziato trattamento applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi nel tempo, giacché lo stesso fluire di questo costituisce un elemento diversificatore delle situazioni giuridiche.

Si vedano anche Corte cost, sent. 216 del 2005; sent. 426 del 2006 ; sent. 234 del 2007; sent. 401 del 2008.

GLI STRUMENTI PREVIDENZIALI
A GARANZIA DELL'EQUITÀ INTERGENERAZIONALE

SOMMARIO. 1. Introduzione. – 2. Il graduale innalzamento dell'età pensionabile. – 2.1. La parità uomo-donna nell'età pensionabile. – 2.1.1. La ricostruzione del quadro normativo interno e comunitario. – 2.1.2. La procedura d'infrazione avviata contro l'Italia e la decisione della Corte di giustizia del 13 novembre 2008 (C-46/07). – 2.1.3. La proposta di riforma della disciplina dell'età pensionabile, in esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia. – 3. Il ruolo della previdenza complementare in questa 'partita con il futuro'. – 3.1. La dimensione costituzionale della previdenza complementare. – 3.1.1. Il 'vincolo di destinazione' della previdenza complementare all'interesse tutelato ai sensi dell'art. 38, comma secondo, Cost. – 3.1.2. Aspetti problematici. – 4. Osservazioni conclusive: la solidarietà intergenerazionale e lo stato sociale nelle democrazie postmoderne.

1. Introduzione.

Nel capitolo precedente, si è avuto modo di porre in evidenza come il contenuto minimo essenziale del diritto alla pensione debba essere garantito in condizioni di equità temporale e debba, perciò, essere garantito come tale ai pensionati presenti ma anche a quelli futuri.

Si è avuto altresì modo di notare come la prima caratteristica di tale diritto sociale sia la dinamicità dello stesso: in virtù della sua struttura costituzionale e legale al contempo, statica nell'*an*, dinamica nel *quomodo*, *quantum* e *quando*, esso è in grado di adattarsi 'ai tempi, nonostante il tempo'.

Pertanto, è evidente che la disciplina previdenziale si afferma secondo un processo che non necessariamente è 'senza ritorno': il Legislatore di ogni tempo, cioè, può modulare il livello di garanzia della prestazione previdenziale, in ragione dei diversi fattori, economico-sociali di ciascun periodo storico, senza mai però compromettere quel contenuto minimo, essenziale e 'atemporale' di ciascun diritto fondamentale.

Tuttavia, proprio perché il diritto al trattamento pensionistico si pone come fattispecie giuridica a formazione progressiva e proprio perché l'attuazione di riforme previdenziali condiziona, entro i limiti che sono stati individuati in precedenza, lo *status* del pensionato sia presente sia futuro, assume rilevanza centrale il principio di gradualità. Esso è strumento in grado di distribuire nel tempo, tra le diverse generazioni, l'onere e i costi delle riforme previdenziali che, in ragione del carattere pubblicistico e inviolabile dell'interesse che si mira a tutelare, non possono

gravare solo sulle generazioni future.

Si tratta ora di analizzare quali siano gli strumenti di cui il Legislatore può servirsi per rendere, in una prospettiva intergenerazionale, sostenibile e equo il sistema previdenziale pubblico.

Dalla ricostruzione, seppur sommaria, dell'evoluzione legislativa della disciplina pensionistica, si possono individuare tre aspetti che caratterizzano la fase attuale di transizione e trasformazione del nostro sistema previdenziale:

- il progressivo e graduale innalzamento dell'età pensionabile;
- la necessaria progressiva parificazione uomo – donna nell'età pensionabile;
- l'attuazione di politiche pensionistiche effettivamente costruite su più pilastri, con l'avvio della previdenza complementare.

2. Il graduale innalzamento dell'età pensionabile.

Si tratta di un fattore determinante, in qualsiasi sistema previdenziale, in quanto in grado di incidere maggiormente sull'equilibrio finanziario.

Si possono distinguere due tipi di interventi legislativi preordinati al graduale innalzamento dell'età pensionabile: da una parte, la fissazione *ex lege* di una diversa età pensionabile nel tempo; dall'altra, le misure volte a agevolare e incentivare il differimento del pensionamento del singolo lavoratore.

Un esempio di misure di questo secondo tipo è rappresentato dal riconoscimento, in capo al lavoratore, del diritto di opzione per il mantenimento in servizio oltre l'età pensionabile stabilita *ex lege*.

Si può ricordare quanto stabilito dalla Legge n. 903 del 1977 sulla parità di trattamento uomo - donna che ha introdotto la possibilità per le lavoratrici di restare in servizio fino al compimento della stessa età pensionabile stabilita per il pensionamento del lavoratore e, dunque, la possibilità di godere di una più ampia età lavorativa, mantenendo il più favorevole regime legale per l'età pensionabile³⁸⁰.

Ai sensi poi dell'art. 6 della Legge n. 54 del 1982 è stata successivamente introdotta a favore del lavoratore privo dell'anzianità contributiva massima, di continuare il rapporto lavorativo al fine di perfezionare tale requisito o per incrementare la propria anzianità contributiva, procrastinando l'età pensionabile fino al compimento dei 65 anni di età.

Successivamente, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 407 del 1990, disposizione

³⁸⁰ Cfr. anche Corte costituzionale, sentt. n. 137 del 1986; n. 498 del 1988; 256 del 2002 come menzionate nel paragrafo 2.

finalizzata espressamente al contenimento della spesa pensionistica, il Legislatore ha introdotto il diritto di opzione per la prosecuzione dell'attività lavorativa a favore dei lavoratori dipendenti. Questi ultimi, cioè, potevano rimanere in servizio fino al compimento dell'età di 62 anni (età poi elevata a 65 anni, ai sensi dell'art. 1, 13° comma del Decreto Legislativo n. 503 del 1992) anche nel caso in cui il Lavoratore avesse maturato l'anzianità contributiva massima prevista per ciascuna gestione previdenziale.

Per effetto dell'art. 8 della legge n. 53 del 2000 è stata introdotta, poi, a favore di tutti i lavoratori che abbiano usufruito di congedi parentali, la facoltà di prolungare il rapporto di lavoro “anche in deroga alle disposizioni concernenti l'età di pensionamento obbligatorio” per un periodo corrispondente alla durata complessiva dei congedi parentali stessi.

Anche nell'ultima riforma pensionistica introdotta dalla Legge n. 243 del 2004 sono previste misure di questo tipo. Ai sensi dell'art. 1, comma 3, 4, 5 è stato previsto che i lavoratori, in possesso dei requisiti per l'accesso al pensionamento, che avessero differito il pensionamento stesso, fossero immuni da successive modifiche legislative dirette a peggiorare la disciplina sull'età pensionabile.

La stessa Legge di riforma, ai sensi dell'art. 1, comma 12, 13, 14 ha previsto per il periodo 2004-2007 delle misure di incentivo per il posticipo del pensionamento, consistenti: nella estinzione dell'obbligo sussistente in capo al datore di lavoro di versare i contributi previdenziali, a decorrere dalla prima scadenza utile per il pensionamento prevista dalla normativa vigente e successiva, a fronte della facoltà riconosciuta al lavoratore di rinunciare all'accredito dei contributi pensionistici. Tale contribuzione è così corrisposta direttamente al lavoratore, come voce aggiuntiva di retribuzione, sottoforma di *bonus* assoggettato al regime di deducibilità fiscale ³⁸¹.

Tuttavia, maggiormente significativa è l'evoluzione legislativa della disciplina sull'età pensionabile.

Un primo intervento, diretto all'innalzamento dell'età pensionabile è stato realizzato con il Decreto legislativo n. 503 del 1992: il legislatore ha elevato di cinque anni l'età pensionabile per i lavoratori del settore privato, uniformando così, l'età pensionabile a quella prevista per il settore pubblico.

³⁸¹ Come ricorda M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, 2008, p. 483: esso è pari al 32, 7% della retribuzione lorda fino a euro 37.883 e al 33, 70% per gli importi superiori. Si tratta di una situazione vantaggiosa per il lavoratore in quanto la contribuzione previdenziale è calcolata sul lordo della retribuzione ed inoltre il valore reale di tale incremento è esaltato dall'esenzione fiscale.

Il principio che ha ‘guidato’ questa prima riforma è quello di gradualità: detto innalzamento è stata infatti realizzato prevedendo un aumento di 18 mesi ogni due anni, a partire dal primo gennaio 1994 cosicché, il regime dell’età pensionabile (60 anni per le donne e 65 per gli uomini) si sarebbe raggiunto solo nel 2000³⁸².

La riforma del 1992 lasciava invariata la differenziazione per genere nell’accesso al pensionamento, anche se essa risultava essere (di fatto e solo parzialmente) attenuata dall’introduzione dell’opzione per la prosecuzione dell’attività in servizio, oltre l’età stabilita *ex lege*, incentivata attraverso benefici nel calcolo della pensione³⁸³.

Solo con la riforma Dini del 1995 si è cercato di superare questa differenziazione per genere. Con tale riforma, è stata introdotta un’età pensionabile ‘flessibile’ uguale per uomini e donne: ai sensi dell’art. 1, 19°, 24° comma Legge n. 335 del 1995, è stato previsto un arco di tempo (dai 57 anni ai 65 anni) entro cui il lavoratore avrebbe potuto scegliere di collocarsi a riposo³⁸⁴.

Tuttavia, con Legge n. 243 del 2004 si è provveduto a modificare la disciplina sull’età pensionabile, abrogando la disciplina sull’età flessibile e introducendo, con decorrenza dal 1° gennaio 2008, l’età pensionabile differenziata per uomini e donne: 60 anni per le donne e 65 anni per gli uomini.

In pratica, tutti i lavoratori che hanno maturato almeno 5 anni di anzianità contributiva effettiva, senza però aver maturato un’anzianità contributiva di 35 anni, possono accedere al trattamento pensionistico al compimento di 60 anni (per le

³⁸² L’innalzamento dell’età pensionabile era esclusa per i lavoratori disabili con invalidità pari o superiore a 80% , per i lavoratori non vedenti (ai sensi dell’art. 1 VI, VIII comma D. Lgs. 503 del 1992) , mentre per coloro che svolgevano lavori usuranti (individuati secondo i criteri stabiliti dalla Legge n. 388 del 2000), appartenenti al settore pubblico, privato o ai lavoratori autonomi, il limite dell’età pensionabile previsto per ciascuna categoria, è stato anticipato in proporzione della durata dei periodi di impiego nei predetti lavori. Similmente è stato disposto per coloro che svolgevano lavori nocivi o per i lavoratori esposti all’amianto (Legge n. 257 del 1992, come riformata ai sensi dell’art. 47 della Legge n. 326 del 2003).

³⁸³ Benefici rappresentati dall’aumento di un punto sulla percentuale di commisurazione della pensione alla retribuzione per ogni anno di anzianità contributiva, fino al compimento del sessantesimo anno di età (sessantacinquesimo anno per gli uomini). Per le donne era previsto invece, l’incremento della percentuale di commisurazione della pensione alla retribuzione di mezzo punto per ogni anno fino al sessantacinquesimo anno di età (art. 1, III, IV, V comma D. Lgs. 503 del 1992). Cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza cit.*, p. 485.

³⁸⁴ Con tale riforma, le pensioni vengono calcolate con metodo contributivo. La pensione di vecchiaia calcolata con il nuovo sistema avrebbe così sostituito la precedente pensione di vecchiaia , le pensioni anticipate e la pensione di anzianità. L’applicazione del nuovo sistema di calcolo, però, era limitata ai lavoratori inseriti nel mercato del lavoro dopo il 1° gennaio 1996 e dunque privi di anzianità contributiva. I requisiti richiesti per il collocamento a riposo erano: il compimento di almeno 57 anni di età ed almeno 5 anni di contribuzione effettiva. Si prescindeva dal requisito anagrafico, se il lavoratore avesse maturato un anzianità contributiva non inferiore a 40 anni.

donne) e 65 (per gli uomini). Si prescinde dall'età anagrafica, se il lavoratore ha comunque maturato un'anzianità contributiva di 40 anni.

Si comprende bene il cambiamento introdotto con il cosiddetto scalone: rispetto alla precedente disciplina, si è operato per un innalzamento dell'età pensionabile di 3 anni per le donne e di 8 anni per gli uomini. Inoltre, la Legge n. 243 del 2004 non ha introdotto una disciplina *ad hoc* per coloro che svolgono lavori usuranti.

L'attuazione di tale riforma, pertanto, avrebbe contraddetto il principio della gradualità a cui ogni riforma pensionistica che incide in senso peggiorativo sui trattamenti in itinere, deve ispirarsi.

Pertanto, successivamente, con Legge n. 247 del 2007 (che ha dato attuazione al Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività), sono stati introdotti dei correttivi, e soprattutto si è ricondotta al canone della gradualità l'attuazione della nuova disciplina sull'innalzamento dell'età pensionabile. Infatti, con il 'sistema degli scalini' si è introdotta una diversa modulazione temporale di attuazione della riforma.

Così, per i soli lavoratori che abbiano maturato un'anzianità contributiva pari o superiore a 35 anni, si applica il sistema cosiddetto 'a quote' che, combinando età anagrafica e anzianità contributiva, dovrebbe attenuare lo scalone introdotto con Legge n. 243 del 2004.

Si prevede, infatti, che un lavoratore dipendente possa accedere al pensionamento:

- a partire dal 1° gennaio 2008 fino al 30 giugno 2009, al raggiungimento dei 58 anni di età e con anzianità di contribuzione pari almeno a 35 anni;

- dal 1° luglio 2009 è prevista l'applicazione del sistema delle quote. Fino al 31 dicembre 2010, pertanto, i requisiti minimi richiesti sono il raggiungimento di 59 anni di età e un'anzianità di contribuzione pari almeno a 35 anni. Si applica così la *quota 95*, vale a dire che si può accedere al pensionamento con 60 anni di età e 35 anni di contribuzione oppure 59 anni di età e 36 di contribuzione

- dal 1° gennaio 2011 al 31 dicembre 2012 è richiesto il raggiungimento di 60 anni di età e un'anzianità di contribuzione pari almeno a 35 anni. In tale fase, si applica la *quota 96*, potendo così accedere al pensionamento con 60 anni di età anagrafica e anzianità contributiva di 36 anni o in alternativa a 61 anni con 35 anni di contributi maturati.

- dal 1° gennaio 2013 è richiesto invece il raggiungimento di 61 anni di età e un'anzianità di contribuzione pari almeno a 35 anni. In quest'ultima fase si

applicherà la *quota 97* : si potrà accedere al pensionamento con il raggiungimento di 61 anni di età anagrafica e 36 anni di contributi oppure con il raggiungimento dei 62 anni di età e 35 anni di contributi³⁸⁵.

Si tratta di una riforma importante, che risponde a diverse esigenze: da una parte, essa mira all'allineamento delle discipline previdenziali introdotte in altri Paesi europei ; dall'altra, cerca di rispondere in modo efficace ai mutamenti demografici e alla crisi finanziaria in atto. Essa, dunque, è in tale ottica, “*misura di più partecipata giustizia*”³⁸⁶, strumento in grado di garantire ‘ora per domani’ la sostenibilità di un sistema previdenziale più equo nei rapporti intergenerazionali.

E’ da notare un ultimo aspetto, a riprova del ‘naturale’ dinamismo che caratterizza il diritto previdenziale: ai sensi dell’art. 1 comma 7° della legge n. 243 del 2004 come sostituito dalla legge n. 247 del 2007, la quota prevista per l’anno 2013 potrebbe comunque non entrare mai in vigore, in quanto si demanda al Ministro del Lavoro e della Previdenza sociale, di concerto con il Ministro dell’Economia e delle Finanze, la facoltà di differire con decreto da emanare entro il 2012, la decorrenza di

³⁸⁵ Analogamente è previsto per i lavoratori autonomi:

- dal 1° luglio 2009 fino al 31 dicembre 2010, pertanto, i requisiti minimi richiesti sono il raggiungimento di 60 anni di età e un’anzianità di contribuzione pari almeno a 35 anni. Si applica così la *quota 96*, vale a dire che si può accedere al pensionamento con 60 anni di età e 36 anni di contribuzione oppure 61 anni di età e 36 di contribuzione
- dal 1° gennaio 2011 al 31 dicembre 2012 è richiesto il raggiungimento di 61 anni di età e un’anzianità di contribuzione pari almeno a 35 anni. In tale fase, si applica la *quota 97*, potendo così accedere al pensionamento con 61 anni di età anagrafica e anzianità contributiva di 36 anni o in alternativa a 62 anni con 35 anni di contributi maturati.
- dal 1° gennaio 2013 è richiesto invece il raggiungimento di 61 anni di età e un’anzianità di contribuzione pari almeno a 35 anni. In quest’ultima fase si applicherà la *quota 98* : si potrà accedere al pensionamento con il raggiungimento di 62 anni di età anagrafica e 36 anni di contributi oppure con il raggiungimento dei 63 anni di età e 35 anni di contributi.

La nuova disciplina non si applica ai lavoratori che hanno maturato entro il 31 dicembre 2007 i requisiti contributivi e di età previsti dalla Legge n. 335 del 1995, anche se calcolata con sistema contributivo; coloro che beneficiano del sistema di calcolo retributivo o misto, a prescindere dalla data di maturazione dei relativi requisiti (e dunque anche dopo il primo gennaio 2008); i lavoratori soggetti al sistema misto che optano per il sistema di calcolo contributivo purchè i requisiti necessari siano verificati entro il 31 dicembre 2007.

³⁸⁶ M. CINELLI, *Lineamenti generali della riforma previdenziale* in P. CURZIO, G. CALAMITA (a cura di), *Il sistema pensionistico in evoluzione*, Bari, 1994, p. 33 e ss. L’Autore, però, mette in guardia sottolineando che si dovrebbe pervenire a conclusioni diverse “ *se la giustificazione di tale innovazione andasse, viceversa, ricercata nelle modificazioni intervenute nel campo sociale (diminuzione dei soggetti contribuenti, ricomposizione delle attività produttive su basi diverse da quelle del passato, fenomeni di cd. Fuga dal lavoro subordinato) e nel conseguente squilibrio numerico(in un medesimo periodo di tempo) tra soggetti onerati e soggetti beneficiari della previdenza. In tal caso, quel medesimo provvedimento, anziché misura diretta a ristabilire un principio di equità, andrebbe apprezzato come mera misura di emergenza e, come tale, manifestazione palese di un difetto di progettualità, a fronte di una situazione socio-economica che muta e richiede, dunque, quanto meno l’individuazione di nuove forme di finanziamento del sistema...*” (p.48).

detta quota, in ragione dell'esito di verifiche *ad hoc* sugli effetti finanziari derivanti dalle modifiche legislative introdotte.

2.1. *La parità uomo-donna nell'età pensionabile.*

2.1.1. *La ricostruzione del quadro normativo interno e comunitario.*

Un altro aspetto collegato all'innalzamento a quanto poc'anzi analizzato riguarda la realizzazione della parità di trattamento tra uomo e donna nell'età pensionabile. Come è già stato osservato, la legge n. 243 del 2004, abrogando la disciplina sull'età pensionabile flessibile, ha reintrodotto, per il settore privato una differenziazione per genere nell'età pensionabile (60 anni per le donne e 65 per gli uomini).

In modo analogo, una tale differenziazione sussiste per i lavoratori del settore pubblico. Infatti, dal 1992, in tale settore, l'età pensionabile è fissata tanto per gli uomini quanto per le donne al raggiungimento dei 65 anni di età anagrafica . Tuttavia, ai sensi dell'art. 2 comma 21 della legge 335 del 1995, si introduce a favore delle sole lavoratrici la facoltà di optare per la cosiddetta “uscita anticipata”, vale a dire di poter interrompere il rapporto lavorativo al raggiungimento dei 60 anni di età.

Si tratta, in realtà, di una disposizione peculiare del sistema previdenziale italiano che non trova cittadinanza negli ordinamenti previdenziali di altri paesi europei (come Francia, Germania, Spagna, Danimarca, Irlanda, Paesi Bassi , Lussemburgo).

Tale differenziazione è sempre stata considerata ragionevole rispetto ai principi costituzionali, proprio in ragione della posizione della donna nella realtà sociale, lavorativa e familiare.

Basti pensare che la stessa Corte costituzionale ha manifestato, dal 1969 ad oggi, un orientamento costante su tale tematica.

Esempi in tal senso sono le prime decisioni della Corte costituzionale in materia di età pensionabile, pronunciate nel 1969, in cui la Corte sottolineava come il principio di parità tra uomo e donna sancito all'art. 3 Cost. non deve essere inteso necessariamente come trattamento indifferenziato, ma dove considerare le ragionevoli differenziazioni dei rapporti e delle situazioni confrontate. Pertanto, proprio con riguardo all'età pensionabile, la Corte riteneva ragionevole la fissazione di una diversa età pensionabile per le donne al fine di salvaguardare “*l'essenzialità della funzione familiare della donna*”. I giudici costituzionali ritenevano cioè che rientrasse nei poteri del Legislatore anche “*limitare nel tempo il periodo in cui la donna*

venga distratta dalle cure familiari e di consentire che, giunta ad una certa età, essa torni ad accudire esclusivamente alla famiglia, con l'apporto anche di quella pensione che le spetta'.³⁸⁷.

Si pensi anche al filone giurisprudenziale in tema di età lavorativa: mentre la Corte costituzionale era ferma nel giudicare illegittima qualsiasi disposizione che introducesse una discriminazione tra uomo e donna nell'età lavorativa (intesa come limite finale alla garanzia della stabilità del posto di lavoro) in considerazione dell'evoluzione della disciplina lavoristica e previdenziale, dell'evoluzione tecnologica e della stessa disciplina dei rapporti di famiglia, non mancava di giustificare, invece, la differenziazione di trattamento nell'età pensionabile alla luce del criterio della ragionevolezza.

Un esempio è dato dalla sent. n. 498 del 1988³⁸⁸ con cui la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 9 dicembre 1977, n. 903 nella parte in cui, per le lavoratrici, subordinava la prosecuzione del rapporto di lavoro tra il cinquantesimo ed il sessantesimo anno di età, all'esercizio, da parte loro, di un'opzione in tal senso, da farsi tre mesi prima della data del perfezionamento del diritto alla pensione di vecchiaia. Tale norma, a detta della Corte costituzionale, introduceva un trattamento peggiore rispetto ai lavoratori, per i quali non sussisteva alcun onere di questo tipo. In tale sentenza, infatti, pur ritenendo che *“il riferimento alle norme sul pensionamento anticipato per vecchiaia della donna (55 anni) rispetto all'uomo (60 anni) ivi contenuto fosse meramente incidentale”*, la Corte costituzionale non mancava di ribadire che *“rimane fermo il diritto della donna a conseguire la pensione di vecchiaia al cinquantacinquesimo anno di età, onde poter soddisfare esigenze peculiari della donna medesima, il che non contrasta con il fondamentale principio di parità, il quale non esclude speciali profili, dettati dalla stessa posizione della lavoratrice, che meritano una particolare regolamentazione”*.

Od ancora la sent. n. 296 del 1994 con cui la Corte costituzionale rigettava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 della legge 23 aprile 1981, n. 155, nella parte in cui non consentiva alle lavoratrici del settore siderurgico, che avessero compiuto il cinquantacinquesimo anno di età, di beneficiare dello stesso aumento di anzianità contributiva e conseguente miglior trattamento di pensione, cui hanno

³⁸⁷ Corte cost., sent. n. 123 del 1969. La Corte dichiarava infondata la questione sollevata in riferimento alla dell'art. 140 del testo unico delle leggi sui servizi di riscossione delle imposte dirette, approvato con D.P.R. 15 maggio 1963 n. 858, nella parte in cui fissava una diversa età pensionabile tra donne e uomini. *Cfr.* anche Corte cost. n. 137 del 1969.

³⁸⁸ Si vedano anche in tema di parità uomo e donna nell'età pensionabile: Corte cost. sentt. n. 1106 del 1988; n. 371 del 1989; n. 134 del 1991; n. 503 del 1991; n. 404 del 1993; n. 345 del 1994; n. 64 del 1996; n. 335 del 2000.

diritto i lavoratori ultra cinquantacinquenni per il periodo compreso tra la data di risoluzione del rapporto e quella del compimento di 60 anni d'età.

La Corte, anche in tale caso, considerava tale disparità di trattamento come “*una conseguenza del privilegio conservato dalle lavoratrici in ordine al requisito di età per avere diritto alla pensione di vecchiaia (c.d. età pensionabile), tenuto fermo per le donne al compimento di cinquantacinque anni, pur dopo l'intervenuta parificazione dell'età lavorativa a quella degli uomini (sessant'anni) per effetto della sentenza n. 498 del 1988*”.

Dello stesso tenore è la sentenza della Corte costituzionale n. 254 del 2002. La questione riguardava una disposizione transitoria, nella parte in cui prevedeva che, mentre gli uomini conservavano la stabilità del posto di lavoro fino al compimento del sessantatreesimo anno di età (coincidendo, per loro, l'età pensionabile con quella lavorativa), le donne potevano continuare a lavorare fino al sessantesimo anno ma, per poter usufruire del prolungamento al sessantatreesimo anno erano soggette all'onere di opzione stabilito all'art. 6 del citato D.L. n. 791 del 1981 e ciò in contrasto con il principio della parità, riguardo all'età lavorativa, tra uomo e donna. La Corte rigettava per infondatezza la questione e sintetizzava i principi della materia affermati in via giurisprudenziale fino ad allora :

“a) i precetti costituzionali di cui agli artt. 3 e 37, primo comma, non consentono di regolare l'età lavorativa della donna in modo difforme da quello previsto per gli uomini, non soltanto per quanto concerne il limite massimo di età, ma anche riguardo alle condizioni per raggiungerlo;

b) non urta contro alcun principio costituzionale la previsione per le donne di un limite di età per il conseguimento della pensione di vecchiaia inferiore a quello fissato per gli uomini, anche se ciò implica il venir meno per le prime della coincidenza tra età per ottenere la pensione di vecchiaia ed età lavorativa”.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte costituzionale affermava che le disposizioni impugnate “*hanno esclusivamente innalzato i limiti della età pensionabile perpetuando, in riferimento a tale età, sia pure con uno spostamento in avanti, la differenza già esistente tra uomini e donne, la quale continua a costituire un giustificato beneficio per queste ultime*”.

Tuttavia, la ‘via italiana’ per garantire anche in ambito previdenziale la parità di trattamento uomo e donna, sembra oggi essere messa in crisi da quanto deciso, di recente , a livello comunitario dalla Corte di Giustizia.

Il ché, può, a prima vista, apparire strano, dato che proprio il principio di parità di trattamento tra uomo e donna ha costituito *ab origine*, il fulcro della costruzione

graduale del modello sociale europeo³⁸⁹, oggi riconosciuto anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, agli articoli 21 e 23, ribadisce il divieto di discriminazione fondata sul sesso e il diritto alla parità di trattamento fra uomini e donne in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, lavoro e di retribuzione.

Ed infatti, per ricostruire l'applicazione di tale principio in ambito di sicurezza sociale, bisogna innanzitutto guardare a quanto sancito genericamente all'art. 141 (ex art. 119) del Trattato CE che introduce il principio di parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore, considerando espressamente per retribuzione, “il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo”.

Specificatamente, però, in materia previdenziale assume un significato particolare la normativa comunitaria che ha introdotto nel tempo misure di armonizzazione tra le legislazioni degli Stati membri. Il riferimento va *in primis* alla Direttiva n. 7 del 1979 che richiama il principio di parità di trattamento tra uomo e donna nel versamento dei contributi e nell'erogazione delle prestazioni previdenziali in generale, con esclusione degli assegni familiari, prestazioni ai superstiti e con esclusione altresì dell'età pensionabile (art. 3 e 4). Tuttavia, ai sensi dell'art. 7, viene previsto che gli Stati Membri possano derogare a detto principio, per quanto riguarda l'età pensionabile, la contribuzione figurativa, le maggiorazioni delle pensioni o rendite per la consorte, a patto che vengano periodicamente esaminate le materie escluse “al fine di valutare se, tenuto conto dell'evoluzione sociale in materia, sia giustificato mantenere le esclusioni in questione”.

L'obiettivo della parità di trattamento anche retributivo è stato poi previsto nel Protocollo 17 allegato al Trattato di Maastricht il quale specifica quanto sancito all'art. 141, sull'autorizzazione degli Stati membri a mantenere o adottare misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività

³⁸⁹ Basti pensare al fondamentale contributo della giurisprudenza comunitaria nell'affermazione del principio di parità di trattamento uomo- donna, del principio di pratiche discriminatorie dirette e indirette o dell'affermazione delle azioni positive in ambito lavorativo e non. Per la ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale a livello comunitaria in tema di azioni positive si rinvia a A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002; A. D'ALOIA, *Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel processo costituzionale europeo*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo, Principi e diritti fondamentali*, vol. secondo, Tomo II, Napoli, 2002.

professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali.

Altrettanto importante, in materia previdenziale, è la direttiva 378 del 1986 come modificata dalla Direttiva 96/97/CE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale.

Infine, merita di essere menzionata la direttiva 2006/54/CE adottata dal Parlamento europeo e dal consiglio in data 5 luglio 2006, in attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (il cui termine per il recepimento è scaduto in agosto 2008) e che si pone come obiettivo la refusione in un unico testo delle principali disposizioni contenute nelle diverse direttive nonché gli sviluppi risultanti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (considerando n. 1).

Tale direttiva, dedica un intero capo alla sicurezza sociale (capo 2): è introdotto il divieto di discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso per quanto riguarda le condizioni di accesso dei regimi previdenziali professionali, per quanto attiene all'obbligo di versare i contributi e al calcolo degli stessi; per ciò che riguarda il calcolo delle prestazioni, comprese le maggiorazioni da corrispondere per il coniuge e per le persone a carico nonché le condizioni relative al mantenimento del diritto alle prestazioni (art. 5).

Tale capo si applica ai regimi professionali di sicurezza sociale che assicurano, tra le altre, una protezione contro il rischio di vecchiaia (incluso il pensionamento anticipato); ai regimi pensionistici di una categoria particolare di lavoratori come quella dei dipendenti pubblici (art. 7), con esclusione dei regimi professionali di sicurezza sociale alimentati da contributi versati dai lavoratori su base volontaria (art. 8). Tra gli esempi di discriminazione che vengono illustrati ai sensi dell'art. 9, viene espressamente riconosciuto il carattere discriminatorio delle disposizioni che si basano direttamente o indirettamente sul sesso per stabilire limiti di età differenti per il collocamento a riposo (art. 9, lett. f). Viceversa, è considerato compatibile con la normativa comunitaria, così introdotta, il fatto che uomini e donne possano chiedere un'età flessibile alle stesse condizioni (art. 13).

2.1.2. *La procedura d'infrazione avviata contro l'Italia e la decisione della Corte di giustizia del 13 novembre 2008 (C-46/07).*

Proprio in riferimento alla disciplina sul diritto di opzione di conseguire il

trattamento previdenziale al raggiungimento dei 60 anni di età anagrafica, anziché al compimento dei 65 anni di età, disposizione a favore nei confronti delle lavoratrici del settore pubblico, la Commissione europea ha avviato nel 2005 una procedura d'infrazione, conclusasi il 13 novembre scorso.

La Corte di Giustizia ha dichiarato che “*mantenendo in vigore una normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto a percepire la pensione di vecchiaia a età diverse, a seconda che siano uomini o donne*”, l'Italia è incorsa nella violazione del principio di parità tra uomo e donna nella retribuzione sancito all'art. 141 CE.

La Corte di Giustizia è pervenuta a tale decisione con alcune argomentazioni logico - giuridiche che meritano di essere ricostruite.

La prima. In base ad un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, i Giudici comunitari hanno ricondotto entro la nozione comunitaria di retribuzione, prevista ai sensi dell'art. 141 TCE, la “*pensione corrisposta dal datore di lavoro ad un ex dipendente per il rapporto di lavoro tra loro intercorso*”³⁹⁰.

Successivamente, hanno verificato se il regime previdenziale gestito dall'Inpdap per il settore pubblico potesse essere considerato alla stregua del regime di sicurezza sociale professionale³⁹¹, che è tale se la pensione è erogata a favore di una particolare categoria di lavoratori; se è direttamente funzione degli anni di servizio prestati; se, infine, l'importo viene calcolato in base all'ultimo stipendio del dipendente.

Non dando seguito alle repliche dello Stato Italiano che, rappresentando le tappe dell'evoluzione del sistema previdenziale, sosteneva come il regime Inpdap fosse invece un regime di sicurezza sociale legale³⁹², la Corte riteneva soddisfatti i tre

³⁹⁰ Cfr. anche CdG, causa C-262/88, sent. 17 maggio 1990; Causa C-109/91, sent. del 6 ottobre 1993 Causa C-109/91.

³⁹¹ Cfr. CdG. Causa C- 7/93, sent. del 28 settembre 1994; causa C-366/99, sent. del 29 novembre 2001; causa C-351/00, sent. del 12 settembre 2002. La Corte così avalla la distinzione tra regime professionale e regime legale, soggetto invece alla disciplina introdotta dalla direttiva 79/7/Cee che ai sensi dell'art. 7 consente una diversificazione per genere nell'età pensionabile.

³⁹² Quest'ultimo, infatti, riteneva che il regime Inpdap dovesse essere considerato come regime di sicurezza sociale legale, in ragione del processo di tendenziale privatizzazione, avviato negli anni '90 nel settore del pubblico impiego, del processo di tendenziale uniformazione tra settore privato e settore pubblico, che rileva anche sotto il profilo dell'età pensionabile (essendo stata reintrodotta la differenziazione per genere dell'età pensionabile per il settore privato). Inoltre escludeva altresì che potesse trattarsi di regime di sicurezza professionale, alla luce del calcolo stesso della pensione. In merito, lo Stato italiano, precisava che il termine retribuzione, in ambito nazionale, indica “*il sistema di calcolo delle pensioni...inteso come riferito ai contributi che su tali retribuzioni sono stati pagati e che, conformemente all'attuazione della riforma che la Repubblica italiana ha condotto...la pensione tiene conto della media della retribuzione percepita nel corso degli ultimi 10 anni e dei corrispondenti contributi versati*”. Con riguardo a quest'ultimo profilo, la Corte di Giustizia sosteneva che anche se la pensione fosse calcolata sulla media della retribuzione percepita nell'ultimo periodo di lavoro, essa comunque, è da intendersi come retribuzione ai sensi dell'art. 141 Trattato CE.

requisiti. Pertanto, equiparando la pensione erogata dall'Inpdap alla retribuzione ex art. 141 del Trattato, ravvisava la violazione di tale articolo ed affermava che *“le considerazioni di politica sociale, di organizzazione dello Stato, di etica o anche le preoccupazioni di bilancio che hanno avuto o hanno potuto avere un ruolo determinante nella determinazione di un regime pensionistico da parte di un legislatore nazionale, non possono considerarsi prevalenti qualora la pensione interessi soltanto una categoria particolare di lavoratori, sia direttamente in funzione degli anni di servizio e il suo importo sia calcolato in base all'ultimo stipendio del dipendente pubblico”*.

La seconda.

Lo Stato italiano riteneva che la differenziazione di genere nell'età pensionabile fosse da considerarsi come azione positiva ai sensi dell'art. 141, n. 4 del Trattato e, dunque, *“come vantaggio specifico, diretto a evitare o compensare svantaggi nelle carriere, al fine di assicurare una piena uguaglianza tra uomini e donne”*.

Si tratta di una argomentazione a mio giudizio debole: la fissazione di una diversa età pensionabile per le donne non potrebbe mai essere considerata alla stregua di strumento per ovviare agli svantaggi di carriera (si tratterebbe casomai di una 'forma di risarcimento' da parte dello Stato, per non aver saputo rinvenire strumenti efficaci volti a garantire le pari opportunità nell'accesso alla formazione professionale, alle carriere o agli avanzamenti di carriera!).

Argomentazione che, a ben guardare, la stessa Corte costituzionale non ha mai utilizzato nel riconoscere la legittimità costituzionale della disciplina differenziata dell'età pensionabile. Quest'ultima, infatti, come è stato osservato, ha sempre giustificato la legittimità di tale disciplina sotto il profilo della ragionevolezza, facendo leva sul differente e complesso ruolo della donna nella società.

E' proprio in ragione di questa argomentazione che devono essere 'prese sul serio' le affermazioni della Corte di Giustizia, secondo cui: *“i provvedimenti nazionali contemplati da tale disposizione (dall'art. 141 n. 4) debbono, in ogni caso, contribuire ad aiutare la donna a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo”*. Finalità a cui non è certamente diretta la fissazione di un'età differente in ragione del sesso del dipendente pubblico in quanto, tale provvedimento *“non è tale da compensare gli svantaggi ai quali sono esposte le carriere dei dipendenti pubblici di sesso femminile aiutando queste donne nella loro vita professionale e ponendo rimedio ai problemi che esse possono incontrare durante la loro carriera professionale”*.

Si tratta di una affermazione che suona a mo' di monito nei confronti dello Stato italiano, il quale dovrebbe altresì 'approfittare' di tale sentenza, per rivedere lo stato di attuazione delle politiche delle pari opportunità in ambito lavorativo e non e garantire più agevolazioni e servizi pubblici per permettere alle donne di affermarsi in tutta la sua 'naturale' differenza nei molteplici ruoli che ancora oggi è tenuta a ricoprire e, contemporaneamente, per garantirle l'opportunità di raggiungere i medesimi traguardi professionali degli uomini.

2.1.3. *La proposta di riforma della disciplina dell'età pensionabile, in esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia.*

Il termine per dar seguito a tale sentenza è scaduto a gennaio 2009³⁹³. Il Governo italiano ha inviato, però, una nota alla Commissione europea in cui afferma la volontà di adempiere alla sentenza e in cui dà atto del fatto che è stata istituita presso il Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione, la Commissione di studio sulla parificazione dell'età pensionabile, con il compito di vagliare diverse soluzioni tecniche per rendere conforme la normativa interna ai parametri fissati a livello comunitario e di valutarne l'impatto finanziario.

Nella relazione del 23 febbraio scorso³⁹⁴, la Commissione rende noti gli esiti delle simulazioni condotte sull'impatto economico finanziario delle diverse soluzioni prospettate³⁹⁵.

³⁹³ Si comprende così ancor più la necessità di dar seguito alla sentenza della Corte di Giustizia. In caso di inadempimento protratto ulteriormente, la Corte di Giustizia potrebbe condannare l'Italia al pagamento di una penale. Inoltre, per orientamento giurisprudenziale dei Giudici comunitari in tema di principio di parità di trattamento, il Giudice nazionale è tenuto a disapplicare la normativa non conforme, senza dover attendere l'intervento del Legislatore.

³⁹⁴ Consultabile sul sito *internet* www.federalismi.it.

³⁹⁵ Tra cui:

- abrogare la disciplina dell'opzione del collocamento anticipato e dunque rendere obbligatorio senza distinzione di sesso, il raggiungimento dei 65 anni di età. Si tratta di una misura 'forte' che, da una parte, rischierebbe di rallentare il turnover occupazionale e l'inserimento di giovani lavoratori; dall'altra, contribuirebbe a segnare le distanze, nella normativa previdenziale, tra settore privato e settore pubblico;
- estendere anche agli uomini il diritto di opzione, scelta che comporterebbe un ulteriore aggravio sulla spesa pensionistica e anche in questo caso rappresenterebbe una disparità di trattamento tra lavoratori del settore pubblico e settore privato;
- estendere a tutti i lavoratori il limite dei 65 anni, fissando, però, per entrambi i sessi un'età media (tra i 60 e 65) per esercitare l'opzione dell'uscita anticipata. In tal caso, l'impatto sulla spesa pensionistica sarebbe meno rilevante rispetto alla soluzione sopra prospettata, così come meno evidente sarebbe l'asimmetria tra il regime del settore privato e quello del settore pubblico;
- reintrodurre, quanto meno per i dipendenti pubblici, l'età flessibile senza alcuna differenziazione fra generi (in un arco di tempo che va dai 62 anni ai 67 anni); scelta che consentirebbe un

La soluzione tecnica più accreditata è l'innalzamento dell'età pensionabile delle donne, dipendenti pubblici al raggiungimento dei 65 anni di età anagrafica, in modo graduale, secondo il sistema degli scalini. Secondo le proposte vagliate dalla Commissione, dunque, il primo gennaio 2010 dovrebbe scattare, da quanto previsto, il primo gradino, per raggiungere così, con lo scatto in avanti di un anno ogni 24 mesi, l'effettiva parificazione tra uomo e donna nell'età pensionabile nel 2018.

Si tratta di una riforma che, se permetterà all'Italia di risparmiare sulla spesa pensionistica, nell'ottica della sostenibilità nel lungo periodo del sistema previdenziale pubblico, lascia però irrisolto, ancora una volta, il problema della disparità di trattamento tra lavoratrici del settore privato e quelle del settore pubblico, segnando così una frattura di quel percorso che l'Italia ha intrapreso dagli anni '90 ad oggi, volto ad un armonizzazione e avvicinamento dei diversi regimi previdenziali.

3. Il ruolo della previdenza complementare in questa 'partita con il futuro'.

Dalla ricostruzione, sebbene sommaria, dell'evoluzione legislativa in materia previdenziale effettuata nel capitolo III, emerge come il 'nuovo' modello previdenziale italiano sia caratterizzato per essere un sistema misto, multipilastro, in cui :

- il primo pilastro è costituito dalla struttura pubblica del sistema previdenziale obbligatorio che, basato sullo schema a ripartizione, punta sulla realizzazione del rapporto di solidarietà intergenerazionale;
- il secondo è costituito invece dalla previdenza complementare, collettiva retta su uno schema a capitalizzazione e su modalità di accesso riconducibili alla libertà di adesione volontaria da parte dei singoli lavoratori;
- il terzo, invece, è costituito da forme di previdenza complementare individuale che si fonda sugli stessi presupposti della previdenza complementare 'collettiva'.

Il sistema così delineato è ben lontano dal realizzare una completa privatizzazione del sistema pensionistico pubblico. Si tratta, in realtà, di una 'soluzione' che

'applicazione graduale della riforma , un risparmio sulla spesa pubblica e possibilità di estenderla gradualmente anche al settore privato Altre ipotesi sono state valutate.

Si è valutato altresì di estendere il regime previdenziale Inps ai pubblici dipendenti. Questo però, significherebbe una modifica strutturale dell'intero sistema previdenziale italiano, con l'assorbimento dell'Inpdap da parte dell'Inps.

Infine, si è esaminata la proposta di garantire ai dipendenti pubblici la possibilità di transitare gradualmente verso il pensionamento dal momento in cui diviene possibile il ritiro dal lavoro. E ciò attraverso una forma di pensionamento parziale, combinato con un lavoro a tempo parziale.

permette di diversificare i rischi endogeni e esogeni a cui è esposto nel tempo il sistema pubblico. Si tratta di una riforma che ha permesso di transitare verso un sistema pensionistico misto, capace di coniugare “...l'equità le ragioni della convenienza economica, all'equilibrio contabile e alla solidarietà intergenerazionale il rispetto della libertà individuale nelle decisioni di risparmio durante tutto il ciclo vitale”³⁹⁶ e, altresì, di una riforma necessaria “per difendere i risultati dei sistemi pensionistici pubblici finora raggiunti e per evitare che la sicurezza sociale si trasformi in futuro in una forma di insicurezza sociale”³⁹⁷.

3.1. La dimensione costituzionale della previdenza complementare.

3.1.1. Il ‘vincolo di destinazione’ della previdenza complementare all'interesse tutelato ai sensi dell'art. 38 II comma Cost.

Il primo problema che si pone, quando ci si trova ad analizzare la dimensione costituzionale della previdenza complementare è rappresentato dall'effettivo inquadramento della stessa all'interno dell'art. 38 Cost.

Da una parte, vi è chi³⁹⁸ marca la distinzione strutturale e funzionale della previdenza complementare e previdenza pubblica, basandosi essenzialmente sulla volontarietà del singolo lavoratore dell'adesione a tale forma previdenziale. Secondo questo primo orientamento, la previdenza complementare dovrebbe essere considerata quale strumento volto a dare attuazione a quanto sancito all'ultimo comma dell'art. 38 Cost. o come forma di risparmio a fini previdenziali che, ai sensi dell'art. 47 Cost deve essere favorito e incoraggiato.

Secondo questo primo orientamento, cioè, previdenza pubblica e previdenza privata svolgerebbero funzioni diversi: l'una, obbligatoria, è diretta a perseguire un interesse necessariamente pubblico, in quanto volta a garantire livelli adeguati di copertura previdenziale a fronte dei bisogni del lavoratore; l'altra, facoltativa sarebbe volta a realizzare interessi che, nell'esercizio della libertà di assistenza (V comma, art. 38 Cost.), dovrebbero mirare a tutelare un interesse privato ad una più elevata copertura previdenziale, interesse diverso ed altro rispetto a quello tutelato dall'art. 38 II comma Cost..

³⁹⁶ G. AMATO; M MARÈ, *Il pilastro mancante*, 2001, p. 23.

³⁹⁷ G. AMATO; M MARÈ, *Il pilastro mancante*, 2001, p. 23

³⁹⁸ In particolare, G. CIOCCA, *op. cit.*

Diversamente, vi è chi³⁹⁹ offre una lettura diversa del testo costituzionale, ravvisando l'esistenza di un nesso funzionale tra previdenza pubblica e previdenza complementare, con la conseguenza che il fondamento costituzionale di tale forma di previdenza va ricercato proprio all'art. 38 II comma Cost.. Alla base di questa ricostruzione, vi è sicuramente una visione aperta e pluralistica del sistema previdenziale, in grado di percepire quella prospettiva sussidiaria che attraversa il testo costituzionale: la lettura combinata degli articoli, 2, 38 e 118 della Costituzione suggerisce come un interesse pubblico possa essere realizzato attraverso l'integrazione dell'azione degli enti pubblici, delle formazioni sociali e dei singoli individui (ovviamente secondo un diverso grado di partecipazione); suggerisce come sia possibile la costruzione di un modello di previdenza sociale in cui dimensione pubblica e dimensione privatistica non rappresentano due sfere separate contrapposte, ma integrate tra loro, per il perseguimento di un interesse che non è (solo) del singolo individuo ma necessariamente pubblico e cioè riconducibile al singolo in quanto membro della comunità sociale.

Alla luce di tale considerazioni, la previdenza complementare troverebbe la propria dimensione costituzionale nell'art. 38, II comma Cost. Tale lettura è stata avallata, nel tempo, anche dalla Corte costituzionale. In particolare, nella sentenza n. 393 del 2000.

La questione che veniva sollevata innanzi alla Corte, riguardava l'art. 59 comma 3 l. 27 dicembre 1997 n. 449 (Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica), nella parte in cui stabilisce che con decorrenza dal 1° gennaio 1998, per tutti i soggetti nei cui confronti trovino applicazione le forme pensionistiche definite in aggiunta o ad integrazione del trattamento pensionistico obbligatorio con decorrenza, "il trattamento si consegue esclusivamente in presenza dei requisiti e con la decorrenza previsti dalla disciplina generale obbligatoria di appartenenza". Come è stato osservato⁴⁰⁰, l'intento era quello di rafforzare il nesso funzionale tra previdenza complementare rispetto alla previdenza obbligatoria.

Il giudice *a quo*, in tale caso, lamentava innanzitutto la violazione dell'art. 39 della Costituzione in quanto una tale disposizione andava ad alterare la disciplina e gli equilibri realizzati dall'autonomia collettiva e pregiudicava, per il futuro, la libera determinazione dell'autonomia collettiva riguardo all'aspetto fondamentale della misura e dei requisiti delle prestazioni; la violazione dell' art.41 della Costituzione, in

³⁹⁹ Cfr. in particolare M. CINELLI, *op. cit.*

⁴⁰⁰ Cfr. F. MIANI CANEVARI, *Costituzione e protezione sociale cit.*, p. 186 e ss.

quanto “*la partecipazione della previdenza complementare al sistema di sicurezza sociale non sarebbe tale da giustificare la perdita dei connotati di autonomia organizzativa e gestionale che consentono la incentivazione ed espansione dei fondi, rese necessarie proprio dalla riduzione del trattamento pubblico*” ed infine lamentava altresì l’irragionevole incidenza che tale disciplina comportava su diritti già maturato.

La Corte rigettava la questione in quanto infondata. Nei diversi passaggi argomentativi della motivazione, la Corte riconosceva espressamente l’esistenza di un nesso funzionale tra le due forme previdenziali. Ed infatti, ripercorrendo le tappe dell’evoluzione normativa del sistema previdenziale complessivamente inteso la Corte confermava la scelta del Legislatore di creare “*un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, collocando quest'ultima nel sistema dell'art. 38, secondo comma, della Costituzione*” e ciò “*al fine di assicurare funzionalità ed equilibrio all'intero sistema pensionistico, in corrispondenza dell'obiettivo perseguito dal legislatore di coniugare l'entità della spesa pensionistica, da ricondurre a parametri sostenibili, con un più adeguato livello di copertura previdenziale*”, (come d’altronde esplicitamente stabilito nella Legge n. 421 del 1992 e come confermato oggi nel Decreto legislativo n. 252 del 2005).

Richiamando altresì la giurisprudenza costituzionale in materia di contributi di di solidarietà, il Giudice delle leggi aggiungeva che, pertanto, “*la tutela dell'interesse individuale dei lavoratori ad usufruire di forme di previdenza complementare non [va] disgiunta, in misura proporzionata, da un dovere specifico di cura dell'interesse pubblico a integrare le prestazioni previdenziali, altrimenti inadeguate, spettanti ai soggetti economicamente più deboli*”⁴⁰¹.

In tale prospettiva, la disposizione censurata risulta essere conforme al dettato costituzionale in quanto diretta ad evitare scostamenti tra la disciplina dei fondi integrativi e della previdenza obbligatoria e l’incidenza negativa che una diversa

⁴⁰¹ Cfr. in particolare Corte costi., sent. n. 421 del 1995; n. 292 del 1997; n. 178 del 2000. Tale orientamento è altresì confermato dalla sent. n. 121 del 2002. Si rinvia a F. MIANI CANEVARI, *Costituzione cit*, p. 186 e ss. e a M. PERSIANI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale*, in AMBROSO, FALCUCCI (a cura di), *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale, 1998-2005*, vol. XI, Saggi, 2006, p. 16 e ss..

Nella sentenza n. 393 del 2000, la Corte affermava altresì che “*alla luce anche dei chiarimenti adottati dalla giurisprudenza costituzionale, è da ritenere, dunque, che la disposizione denunciata si collochi nel delineato disegno normativo, quale coerente espressione, essa stessa, del ricordato legame funzionale. E ciò, con l'intento, per un verso, di accomunare sotto la medesima disciplina fondi integrativi e aggiuntivi, quale che sia la loro fonte istitutiva (legale o contrattuale, obbligatoria o facoltativa) ed il settore interessato (dipendenti pubblici o privati), sì da conferire omogeneità al complessivo ambito della previdenza complementare, e, per altro verso, di precisare e generalizzare, per quanto potesse occorrere, il divieto di conseguire il relativo trattamento a prescindere dalle regole vigenti per l'assicurazione generale obbligatoria...*”

disciplina avrebbe avuto *“sul gettito della contribuzione al sistema obbligatorio di base, e...sull’ onere insostenibile a carico dei fondi integrativi..., tenuti a sopportare, per un più lungo periodo, l’obbligo di erogazione del trattamento di integrazione rispetto a quello dell’assicurazione generale. E ciò a tacere della ben più gravosa eventualità dell’assunzione, da parte dei medesimi, di detto onere in via definitiva, nelle ipotesi in cui a fronte di prestazioni integrative destinate ad assolvere anche una funzione sostitutiva...si fosse determinata l’impossibilità per l’iscritto di accedere, per difetto del requisito di contribuzione, al trattamento del regime obbligatorio”*.

Seguendo tale impostazione, la Corte escludeva così la violazione dell’art 39 Cost. in quanto il dettato costituzionale non esclude la configurabilità, nei confronti dell’autonomia collettiva, di limiti legali, specie se, come nel caso in esame, *“sussista l’esigenza di salvaguardia di superiori interessi generali ... E ciò tanto più se la cura e la regolamentazione di tali interessi costituiscano attuazione di precetti costituzionali”*.

Escludeva altresì anche la violazione dell’art. 41 della Cost. in quanto *“la lamentata compressione dell’autonomia organizzativa e gestionale dei fondi null’altro sarebbe che un effetto riflesso della sostituzione della fonte eteronoma a quella di matrice collettiva”*; tenuto conto, tra l’altro che, anche l’autonomia negoziale e la libertà di iniziativa privata devono comunque cedere di fronte a interessi di ordine superiore, economici e sociali, che assumono rilevanza costituzionale.

Da questo punto di vista, dunque, manifesta tutta la sua attualità la lettura del testo costituzionale offerta da V. SIMI sul modello di sicurezza sociale retto su ‘cerchi concentrici di solidarietà’, in grado di incidere ciascuno, in modo più o meno marcato, con modalità diverse, sui livelli di adeguatezza delle prestazioni previdenziali, secondo una logica sussidiaria di attuazione delle politiche sociali e di integrazione (e non di separazione) dell’azione pubblica con quella privata.

3.1.2. Aspetti problematici.

L’impostazione avallata dalla Corte costituzionale sull’esistenza di un nesso di funzionalità tra previdenza pubblica e previdenza complementare, se da un lato è fortemente convincente, in ragione anche del concetto di ‘cittadinanza attiva’ che l’affermazione nel testo costituzionale del principio di sussidiarietà evoca (art. 2, art. 118 Cost.), dall’altra, non ha mancato di suscitare qualche perplessità.

Infatti, guardando all’evoluzione legislativa del sistema previdenziale nel suo complesso, si possono scorgere senza dubbio alcune incoerenze rispetto a quanto da sempre avallato dalla Corte costituzionale.

Innanzitutto, il principio della libertà di adesione alla previdenza complementare sembrerebbe mal conciliarsi con questa impostazione.

Se la previdenza complementare deve essere considerata funzionale alla previdenza di base, in ragione della natura inviolabile dell'interesse che, ai sensi dell'art. 38 II comma Cost., concorre a soddisfare, essa deve essere resa obbligatoria.

In mancanza, si va incontro ad un rischio a mio giudizio pericoloso: si rischia cioè di cadere in una logica privatistica del rapporto previdenziale, snaturandolo nel suo nucleo inviolabile, compromettendo - in questo caso, sì, senza possibilità di ritorno - il fondamento dello Stato sociale; sminuendo il significato del vincolo sociale che ci ricorda il perché di ogni comunità organizzata; tradendo, infine, quella carica solidaristica (intra e intergenerazionale) su cui necessariamente è retto il sistema previdenziale sociale.

Come affermato in precedenza, concordo con chi⁴⁰² considera l'assetto attuale del sistema previdenziale ancora transitorio: il meccanismo del consenso tacito richiesto ai lavoratori ai fini della devoluzione del Tfr ai fondi pensione rappresenta una via italiana, una via di 'quasi obbligatorietà' alla funzionalizzazione della previdenza complementare alla previdenza pubblica che ha una sua *ratio* solo ora, in questo momento di decollo del 'nuovo sistema', e in questo momento di crisi finanziaria; ma che rischia di trasformarsi in una 'trappola' (e oserei dire in una misura di dubbia costituzionalità proprio alla luce dell'art. 38 II comma Cost.) del sistema stesso, in quanto alimenterebbe ancor più la distinzione tra lavoratori che scelgono di aderire a fondi pensioni e lavoratori che, specie in presenza di retribuzione bassa o di carriere discontinue, non aderiscono a tali fondi.

A tal fine, probabilmente, ha ragione chi sostiene che le forme di incentivazione alla previdenza complementare previste (sotto forma di detrazioni dell'imponibile) non sono sufficienti proprio per quei soggetti che “ *già inquadrati nelle aliquote più basse del sistema fiscale, vantano ben poco reddito da portare in detrazione*” e chi, al contempo suggerisce l'introduzione di normative di sostegno alla regolarità dei flussi contributivi, sotto forma di fiscalizzazione dei relativi oneri⁴⁰³.

⁴⁰² Cfr. M. CINELLI, *Il diritto della previdenza sociale cit.*; P. PASSALACQUA, *La previdenza complementare nel prisma della sussidiarietà tra disegno costituzionale e intervento del legislatore ordinario (d. lgs n. 252 del 2005)*, in V. BALDINI (a cura di), *Sussidiarietà e diritti*, 2007, p. 133 e ss.; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare nella giurisprudenza: un'annua rassegna critica tra vecchie e nuove riforme*, in *ADL*, 2006, p. 313 e ss.; G. PROIA, *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare (note in margine a un recente convegno)*, *ADL*, 2000, p. 115 e ss.

⁴⁰³ In particolare, G. ZAMPINI, *op. cit.*, p. 313 e ss.

Si ha la consapevolezza, certo, che la previsione di tale normativa non è, in questo momento di crisi finanziaria, ‘concretamente praticabile’. Ma, si ha anche la consapevolezza che, specie in momenti di crisi, proprio ‘per uscire dalla crisi’ e per garantire solidità agli assetti del *nuovo* Stato sociale, non bisogna abbandonare una progettualità per il futuro.

4. Osservazioni conclusive: la solidarietà intergenerazionale e lo Stato sociale nelle democrazie postmoderne.

Giunti alla fine di questa analisi sulle trasformazioni del sistema di previdenza sociale tutt’oggi in atto, non rimane che trarre alcune conclusioni e penso che sia corretto farlo cercando di rispondere a quell’interrogativo latente che, come un *leit motiv*, attraversa l’intero elaborato.

La solidarietà e l’equità intergenerazionale possono essere assunte a principio, di ordine anche costituzionale, in grado di operare oggi, a favore delle generazioni future, una razionalizzazione dei diritti sociali?

La risposta che si è cercato di argomentare non può che essere positiva.

Prima di tutto, per la stessa fisionomia della Costituzione italiana che introduce categorie giuridiche che si aprono alla dimensione futura, in quanto volte a tutelare ‘il diritto stesso al futuro della persona umana’ e che, quindi, possono fungere da radicamento costituzionale delle responsabilità che la generazione presente deve assumersi verso le generazioni future.

Si può certo affermare così che dalla lettura del testo costituzionale emerge quell’idea kantiana di partecipazione dell’intero genere umano ad un destino comune e che, nonostante le differenze palesi di approccio e di pensiero, appare essere ben sviluppata da due filosofi del diritto: J. Rawls e H. A. Hart.

Partecipazione del genere umano al destino comune.

Concetto che induce a considerare le diverse generazioni non tanto nella loro successione cronologica e, dunque, nella loro incomunicabilità, quanto piuttosto nella loro sovrapposizione, nella loro interazione, nella loro *coesistenza*.

Così, come di recente è stato affermato, diviene essenziale capire “... che la vita delle nuove generazioni dipende in grande misura dal destino che viene loro assegnato non da chi ha completato il proprio ciclo di vita prima della loro apparizione, ma da chi oggi, proprio oggi, sta

*decidendo per loro. Troppe volte si ignora tutto questo. Non ci si pensa...forse perché è un modo per deresponsabilizzarsi?*⁴⁰⁴.

Seguendo tale prospettiva, la questione intergenerazionale diviene una questione di giustizia sociale intertemporale, specie, in quei rapporti, come quello previdenziale, in cui le generazioni future sono ‘parti di un contratto sociale’: secondo lo schema pensionistico a ripartizioni, infatti, sono le generazioni future a farsi carico dell’onere delle pensioni dei loro ‘padri’, senza avere la certezza né la speranza, specie in condizioni di iniquità sociale, che la generazione successiva faccia altrettanto nei loro confronti.

Sono altresì le generazioni di lavoratori attuali – generazioni future rispetto ad un diritto *oggettivamente* tutelato dall’ordinamento giuridico costituzionale in quanto inviolabile - ad essere, oggi, i soggetti, ‘contrattualmente più deboli’ e a correre il rischio di doversi sobbarcare gli oneri delle trasformazioni del sistema previdenziale italiano, essendo chiamati a sostenere i costi dei trattamenti previdenziali per i pensionati presenti (secondo lo schema previdenziale del I pilastro) e delle pensioni per loro stessi (secondo lo schema della previdenza complementare).

Per tale motivo, è parso necessario ancorare la questione intergenerazionale alla teoria dell’equilibrio finanziario, quale valore costituzionale, funzionale proprio all’equità intergenerazionale: esso si presenta come meccanismo in grado di garantire che le generazioni future possano godere, in condizioni di equità, degli stessi diritti sociali tutelati, nella loro inviolabilità, a livello costituzionale.

Da questo punto di vista, la stessa Corte costituzionale non è rimasta insensibile di fronte alle ragioni dell’equilibrio finanziario che condiziona il godimento dei diritti di prestazione da parte di una determinata generazione.

Proprio dalla lettura della giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale emerge come l’equità intergenerazionale si ponga come principio in grado di orientare le politiche sociali del Legislatore presente ma anche futuro.

Basti pensare anche solo alla relativizzazione della tutela dei diritti quesiti (che sembrerebbe proprio confermare l’idea, per l’appunto, della partecipazione di tutte le generazioni al destino comune); alla garanzia di tutela nel tempo del contenuto minimo essenziale del diritto alla pensione (quale limite, finanche all’intervento ragionevole del Legislatore); alla rilevanza che, anche in una prospettiva intertemporale assume il principio di gradualità nell’attuazione di riforme

⁴⁰⁴ T. BOERI, V. GALASSO, *Contro i giovani*, Milano 2007.

previdenziali (che confermerebbe la natura non unidirezionale dell'equità intergenerazionale, in virtù della quale una riforma legislativa deve essere equa nei confronti della generazione futura, presente e passata); o, infine, a quel bilanciamento ragionevole giuridicamente impossibile, a prima vista, tra diritti sociali ed equilibrio finanziario ma possibile se analizzato in una prospettiva diacronica, e se, come in materia previdenziale, i valori omogenei bilanciabili sono rappresentati dall'*an* e il *quid* del diritto alla pensione del 'padre' e dallo stesso *an* e *quid* del diritto alla pensione del 'figlio'.

Ed allora, muovendo da questo presupposto e soprattutto muovendo dalla dinamicità che i Padri Costituenti hanno voluto imprimere ai diritti sociali o più nello specifico al diritto alla pensione (dinamicità costituzionalmente imposta, che emerge analizzando la struttura complessa, 'bidimensionale' di tale diritto: costituzionale nell'*an* e nel *quid* e al contempo legale nel *quantum*, nel *quomodo* e nel *quando*; statica nell'*an* e nel *quid* e al contempo dinamica nel *quantum*, nel *quomodo* e nel *quando*) si può comprendere l'opera di razionalizzazione del sistema previdenziale avviata negli anni '90 dal Legislatore.

Alla luce di queste considerazioni, si è cercato di evidenziare gli strumenti legislativi che possono rendere più equo, in una prospettiva intertemporale, il sistema previdenziale pubblico e altresì più equa la fase attuale fase di transizione.

Ci si riferisce innanzitutto all'*avvio* di politiche del lavoro che sappiano ben bilanciare le ragioni della flessibilità con le ragioni della sicurezza sociale, tenuto conto che, in tal caso, la solidarietà intragenerazionale rappresenta la *condicio sine qua non* per garantire la sostenibilità nel tempo dell'equità intergenerazionale in materia previdenziale. Ed allora sarebbe opportuno diversificare, rafforzare o agevolare, a seconda delle diverse tipologie di contratto di lavoro sempre più spesso 'atipico', la tutela previdenziale.

Ci si riferisce, altresì, ad interventi più strutturati per impedire, arginare forme di lavoro sommerso, svolto tanto da cittadini italiani quanto da cittadini extracomunitari.

Ci si riferisce, infine, a misure prettamente previdenziali: all'innalzamento dell'età pensionabile, all'aggiornamento a scadenze più ravvicinate dei coefficienti di trasformazione, ai meccanismi come il riscatto o la totalizzazione che dovrebbero essere ulteriormente incentivati in quanto permettono ai giovani lavoratori con carriere discontinue di poter comunque acquisire una continuità contributiva e a

interventi volti a rendere obbligatoria, agevolandone ulteriormente l'accesso, la previdenza complementare.

Proprio con riguardo a tale istituto, se effettivamente, come emerge dalla disciplina legislativa e dalla giurisprudenza costituzionale, esso risulta funzionalizzato alla previdenza di base (e dunque tutelato a livello costituzionale ai sensi dell'articolo 38 II comma) l'obbligatorietà dell'adesione di tale forma previdenziale appare essere una scelta costituzionalmente necessitata. In mancanza, si corre il rischio di scivolare verso una privatizzazione del sistema previdenziale, che farebbe sorgere dubbi di costituzionalità e dubbi sul futuro della comunità intera.

Per concludere, volendo riprendere il significato del paradigma solidarietà-forma di Stato introdotto nel capitolo I, si può provare a verificare il diverso tasso di socialità che contraddistingue lo Stato sociale delle democrazie 'postmoderne'.

Le ragioni dell'equità intergenerazionale, infatti, richiamano l'immagine di una comunità sociale sicuramente più matura, attiva, responsabile e lungimirante.

La direzione, se la si vuole percorrere è già tracciata proprio da quella logica sussidiaria che, dall'art. 2 all'art. 38 e all'art. 118 Cost. attraversa l'intero testo costituzionale e che ci indica come un interesse necessariamente pubblico può essere garantito dall'integrazione dell'azione istituzionale, delle formazioni sociali e dei singoli, chiamati, tutti, ciascuno nel proprio ruolo e ciascuno con le proprie possibilità a essere veramente e attivamente partecipi del destino della *res publica*.

- BIBLIOGRAFIA -

- M. ABRESCIA, *Le ricerche gius-economiche e la frontiera del diritto costituzionale*; in *Quad. Cost.*, 2001, 3, p. 635 e ss.;
- F. AGOSTINI, *Cronache di una sentenza annunciata*, in *Riv. Giur. Del lav.*, 1994, p. 319 e ss.;
- J. ALBER, *Dalla carità allo stato sociale*, Bologna, 1986;
- R. ALESSE, *Note minime (... non propriamente tecniche, per una sentenza scontata) in tema di bilanciamento tra l'art. 81 e 38 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 2135 e ss.;
- G. ALIBRANDI, *La previdenza sociale nella nuova costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1948, p. 379 e ss.;
- G. ALIBRANDI, *La prestazione previdenziale adeguata: una nozione costituzionale*, in *Riv. Giur. dir. lav.*, 1977, p. 357 e ss.;
- G. ALIBRANDI, *La garanzia previdenziale secondo costituzione*, in *Riv. Infortuni e malattia prof.*, 1990 p. 183 e ss.;
- G. AMATO, M. MARÈ, *Il gioco delle pensioni: rien ne va plus ?*, Bologna, 2007;
- A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e Sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, 2006;
- A. ANDREONI, *Costituzione e diritti sociali*, in *Democrazia e Diritto*, 1995, p. 432;
- L. ANTONINI, *Le frontiere della democrazia: verso diritti sociali fondati sulla solidarietà*, in *Il dir. della regione*, 2005, p. 3 e ss.;
- A. ANZON, *Questioni sulla misura dei trattamenti pensionistici e varietà di tecniche di decisione*, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 310 e ss.;
- A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1992, p. 3199 e ss.;
- A. ANZON, *Un'additiva di principio con termine per il legislatore*, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 1785 e ss.;
- A. AVIO, *Solidarietà, pensionandi e giovani pensionati*, in *Pol. del Dir.*, 1998, p. 177 e ss.;
- AA.VV., *Dalla previdenza alla sicurezza sociale*, Roma, 1957;
- AA.VV., *Aspetti internazionali comunitari e interni della sicurezza sociale*, Milano, 1972;
- AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u. c. della Costituzione*, Milano, 1993;
- AA. VV., *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale. Atti delle giornate di studio di Rimini, 28- 29 aprile 1984*, Milano, 1985;
- BANO, *Problema dei costi e scelta di valori. Come sta cambiando l'idea di sicurezza sociale*, in *Lav. Dir.*, 1997, p. 595 e ss.;
- G. G. BALANDI, *Corporativismo e legislazione previdenziale negli anni '30*, in *Riv. Giur. Del lav.*, 1981, III, p. 3 e ss.;
- G. G. BALANDI, *Vecchi termini per questioni nuove: rischio e bisogno*, in *Pol. Dir.*, 1984, p. 521 e ss.;
- G. G. BALANDI, *Pubblico e privato e principio di sussidiarietà nel sistema del welfare state*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, p. 213 e ss.;
- G. G. BALANDI, *La solidarietà come componente non esclusiva di un ordinamento e la Costituzione per l'Europa*, in *Riv. Sic. Soc.*, 2005, p. 439 e ss.;
- E. BALBONI, *Diritti sociali e doveri di solidarietà*, in *Il Mulino*, 1987, p. 709 e ss.;
- A. BALDASSARRE, *Diritti sociali* in *Enciclopedia giuridica*, Milano, 1989;
- A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori* in *Pol. del diritto*, 1991, p. 639 e ss.;
- A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna- Roma, 1975;

- P. BARCELLONA, *Questione sociale e questione democratica*, in *Critica marxista*, 5, 1993, p. 44 e ss.
- P. BARCELLONA, *La solidarietà come fatto e come diritto*, in *Lav. E diritto*, 1, 1996, p. 3 e ss.;
- P. BARCELLONA, *Diritti sociale e Corte costituzionale*, in *Riv. Giur. Del lav.*, 1994, p. 326 e ss.;
- S. BARTOLE, *Art. 81 Cost.* in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Cost.*, Bologna-Roma, 1979, p. 197 e ss.
- S. BARTOLE, *Ancora sulla delimitazione degli effetti temporali di decisioni di accoglimento (in materia di pensioni di magistrati)* in *Giur. Cost.*, 1988, p. 2361 e ss.;
- M. BESSONE, *Norme di Costituzione economica e previdenza privata. Le attività di mercato finanziario dei fondi pensioni*, in *Pol. Dir.*, 2002, p. 137 e ss.;
- D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003;
- R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008;
- R. BIFULCO, *Futuro e Costituzione. Premesse per uno studio sulla responsabilità verso le generazioni future*, in AA.VV. *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, 2004, p. 287 e ss.
- P. BOER *Il contributo della Corte costituzionale all'unificazione del sistema previdenziale* in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, p. 813;
- T. BOERI, V. GALASSO, *Contro i giovani*, Milano, 2007;
- T. BOERI, A. BRUGIAVINI (a cura di), *Il muro delle pensioni. Idee dall'Europa per riformare il welfare*, Milano, 2000;
- G. BOGNETTI, *La Costituzione economica*, Bologna 1995;
- G. BONGIOVANNI, *Diritti sociali e giurisprudenza della Corte Costituzionale: il rapporto corte/potere legislativo nel mutamento costituzionale*, in G. GOZZI (a cura di) *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, 1997, p. 341 e ss.;
- M. BORELLA, F. CODA MOSCAROLA, *Distributive properties of pensionis systems: a simulation on the italian transition from defined benefit to defined contribution*, Working paper 42/05, pubblicazione Cerp.
- E. CABIBBO, *I partiti politici e la previdenza sociale*, in *Riv. inf. e malattie professionali.*, 1944, p. 13 e ss.;
- V. M. CAFERRA, *Diritti della persona e Stato sociale. Il diritto dei servizi socio-sanitari*, 2007;
- G. CARBONE, *Eguaglianza e finanza, un'aporia da dirimere*, in *Riv. Giur. Del lav.*, 1994, p. 3333 e ss.;
- B. CAROVITA, *Oltre l'uguaglianza formale: un'analisi dell'art. 3 comma II della Costituzione*, Padova, 1984;
- L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1995, p. 33 e ss.;
- F. MIAMI CANEVARI, *Costituzione e protezione sociale. Il sistema previdenziale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 2007;
- P. CARNEVALE, *La pronuncia di incostituzionalità "ad effetto parzialmente retroattivo" del regime della perequazione automatica per le pensioni dei magistrati: ancora una declaratoria di illegittimità costituzionale con efficacia "temporalmente circoscritta"* in *Giur. It.*, 1989, I, 1, p. 761 e ss.;
- P. CARNEVALE, *"... Al fuggir di giovinezza ... nel doman s'ha più certezza"* (Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale) in *Giur. Cost.* 1999, 3641 e ss

- A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivelli (a cura di) *Commentario della Costituzione italiana*, 2006, Torino;
- A. CELOTTO., *Un importante riconoscimento del principio di «affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica»*, in *Mass. Giur. Lav*, 2000, p. 130 e ss.;
- A. CERRI, *Solidarietà sociale e pluralismo di fronte al principio di eguaglianza: ovvero della distinzione tra tributo e contributo*, in *Giur. Cost.*, 1984, p. 858;
- A. CERRI, *Di un'evidente lesione del principio di ragionevolezza ovvero dell'intollerabile contraddizione di un legislatore imprevedente in materia previdenziale*, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 2133;
- R. CESARI, *Tfr e fondi pensione*, Bologna, 2007;
- L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Torino, 2002;
- E. CATELANI, *Tecniche processuali e rapporto tra Corte costituzionale e parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, in *Quad. Cost.*, 1994, p. 148;
- M. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in *Arg Dir. Lav.*, 1999, p. 53 e ss.;
- M. CINELLI, P. SANDULLI, *Riflessioni sul disegno di legge delega n. 2145 in materia previdenziale*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2002, p. 505 e ss.;
- M. CINELLI, *“Nuovi lavori” e tutele: quali spazi per la previdenza sociale?*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2005, p. 225 e ss.;
- M. CINELLI, P. SANDULLI, *Sugli emendamenti al disegno di legge delega 2145 in materia previdenziale e dintorni*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2003, p. 211 e ss.;
- M. CINELLI, *La sfida demografica al sistema delle pensioni tra immaginario e realtà*, in *Riv. Dir. Sic soc.*, 2003, p. 433 e ss.;
- M. CINELLI, *Sussidiarietà e modello di sicurezza sociale*, in *Riv. Sic soc.*, 2004, p. 447 e ss.;
- M. CINELLI, *Riforma previdenziale 2004: l'età pensionabile rivisitata. Una risposta adeguata alla sfida demografica?*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2005, p. 55 e ss.;
- M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Torino 2005;
- M. CINELLI, *Previdenza sociale e orientamenti della Giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, I, p. 73 e ss.;
- M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2008;
- M. CINELLI, *Lineamenti generali della riforma previdenziale* in P. CURZIO, G. CALAMITA (a cura di), *Il sistema pensionistico in evoluzione*, Bari, 1994, p. 33 e ss.;
- M. CINELLI, *L'adeguatezza delle prestazioni previdenziali tra parità e proporzionalità*, in *Foro it.*, 1986, p. 1773 e ss.;
- G. CIOCCA, *L'evoluzione della previdenza e dell'assistenza (dalle origini al 1948)*, in *Riv. inf. e mal. prof.*, 1998, p. 449 e ss.;
- G. CIOCCA, *Il sistema previdenziale e il federalismo*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, p. 739 e ss.;
- E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella costituzione italiana*, in AAVV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, p. 1789 e ss.;
- A. CHERUBINI, *Dottrine e metodi assistenziali dal 1789 al 1848*, Milano, 1958;
- A. CHERUBINI, *Storia della previdenza sociale*, Roma, 1977;
- A. CHERUBINI, A. COLUCCIA, *La previdenza sociale nell'epoca di Giolitti*, Roma, 1986;
- O. CHessa, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 1998, p. 3925 e ss.;

- G. CHIARELLI, *Appunti sulla sicurezza sociale*, destinato agli *Studi in onore di L. Barassi* e pubblicato poi nella *Rivista di diritto del Lavoro*, 1965, p. 287 e ss.;
- C. COLAPIETRO, *Le pronunce erogatorie della corte costituzionale ed il vincolo costituzionale della copertura finanziaria: le additive di prestazione sono per loro natura esenti dai vincoli e i limiti dell'art. 81 Cost.*, in *Giurisprudenza italiana*, 1989, p. 1249 e ss.;
- C. COLAPIETRO, *La sequenza monitorio-additiva in tema di interpretazione del minimo delle pensioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 1990, p. 849 e ss.;
- C. COLAPIETRO, *Una nuova soluzione giurisprudenziale all'insegna del "self restraint", nel rispetto degli equilibri del bilancio pubblico*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, p. 494 e ss.;
- C. COLAPIETRO, *Garanzia e promozione dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, p. 113 e ss.;
- C. COLAPIETRO, *Diritti costituzionali a prestazione positive ed equilibrio di bilancio*, in *Giurisprudenza italiana*, 1996, p. .. e ss.;
- C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Padova, 1996;
- C. COLAPIETRO, *I trattamenti pensionistici ed il limite delle risorse disponibili nel bilanciamento della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, p. 545 e ss.;
- G. CONCETTI, *I criteri per determinare i diritti umani*, in *I diritti umani. Dottrina e prassi*, 1982, p. 657.
- L. CONTI, *L'assistenza e la previdenza sociale. Storia e problemi*, Milano, 1958;
- G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, p. 755 e ss.;
- P. COSTA, *Alle origini dei diritti sociali: "Arbeitender Staat" e tradizione solidaristica*, in G. GOZZI (a cura di) *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, 1997, p. 277 e ss.;
- V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952;
- G. D'ALESSIO, *Alle origini della Costituzione italiana*, Bologna, 1979
- A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002;
- A. D'ALOIA, *Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel processo costituzionale europeo*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo, Principi e diritti fondamentali*, vol. secondo, Tomo II, Napoli, 2002;
- A. D'ALOIA, (a cura di) *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003;
- A. D'ALOIA, *Diritto e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6, 2003;
- A. D'ALOIA, *Equilibrio finanziario e indirizzo politico nel "diritto costituzionale comune" (europeo e nazionale)*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R. G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica, Atti del Seminario di Otranto – Lecce, 4-5 giugno 2004*, Torino, 2005;
- A. D'ALOIA (a cura di), *Lavoro, lavori e eguaglianza*, Parma, 2006;
- A. D'ALOIA, *Storie "costituzionali" dei diritti sociali*, in AA.VV. *Scritti in onore di M. Scudiero*, II, Napoli, 2008, p.689 e ss
- M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano 1993;
- M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 1803 e ss.;
- L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005;

- L. D'ANDREA, *Il fondamento della ragionevolezza*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità, Atti del seminario di Palermo, 28-29 maggio 1998*, Torino, 2000;
- G. D'ANTINO SETTEVENDEMMIE , *Prodomi ed effetti in ordine alle pensioni dei magistrati in Foro Amm.*, 1991, p. 653 e ss.;
- G. DI GASPARE, *Diritto dell'Economia e dinamiche istituzionali*, Milano, 2003.
- L. DI NUCCIO, *Alle origini dello stato sociale nell'Italia repubblicana. La ricezione del Piano Beveridge e il dibattito nella Costituente*, consultabile sul sito [internet astrid-online.it](http://internet.astrid-online.it);
- G. P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. Cost.*, 1999, p.4111 e ss.
- M. R. DONNARUMMA, *La giurisprudenza costituzionale. Slanci creativi e prudenti elusioni*, Padova, 2000;
- M. R. DONNARUMMA, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in Diritto e società*, 2000;
- M. D'ONGHIA, *La giustizia costituzionale in materia di previdenza sociale: diritti sociali ed equilibrio finanziario*, in *Giorn. Dir. Lavoro e di relazioni industriali*, 2000, p. 81 e ss.;
- M. D'ONGHIA, *La giurisprudenza previdenziale e i "costi" del Welfare State*, Lecce, 2001;
- L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1949;
- L. ELIA, *Coerenza giurisprudenziale della Corte e squilibrio nella finanza pubblica*, in *Riv. Giur. Del lav.*, 1994, p. 339 e ss.;
- L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981 – luglio 1985)*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I Padova, 1985, p. 314 e ss;
- A.C.EUZEBY, *Diritto alla sicurezza sociale e sviluppo umano*, in *Rivista di sicurezza sociale*, 2007, p. 29 e ss;
- S., EVANGELISTA *La giurisprudenza cost. dell'ordinamento previdenziale*, in *Diritto del Lavoro*, 1987, p. 148 e ss.
- L. FASSINA, *La risposta della Corte costituzionale ai referendum sullo stato sociale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, p. 65 e ss.;
- M. FERRARA, *Le politiche sociali. L'Italia in prospettiva comparata*, Bologna, ?;
- M.FERRARA, *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, 1993;
- M.FERRARA, *Le trappole del Welfare*, Bologna, 1998;
- G. FERRARO, *I diritti quesiti tra giurisdizione e legiferazione*, *Riv. It. Dir lav.*, 1995, p. 277 e ss.;
- G. FERRARO , *Leggi interpretative e leggi retroattive* in R. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del Lavoro e Corte costituzionale.*, , p. 43 e ss.;
- E. FORNERO, O. CASTELLINO (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale italiano*, Bologna, 2001;
- S. FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello "Stato sociale"*, in *Diritto e società* , 1999, p. 163 e ss;
- L. GAETA, *La politica sociale e familiare del fascismo nella pubblicistica corporativa*, in *Pol. Dir.*, 1985, p. 523 e ss.;
- L. GAETA, *L'influenza tedesca sulla formazione del sistema previdenziale*, in *giorn. Dir. lav. E di relaz. ind.*, 1992, I, p. 1 e ss.;
- L. GAETA (a cura di), *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione" una rilettura*, Milano, 2005;
- L. GAETA, *Sussidiarietà e sicurezza sociale: una prospettiva storica dell'approccio" a più livelli"*, in *Riv. Dir. Sic soc.*, 2005, p. 1 e ss.;

- M. GAMBACCIANI, *Coerenze e contraddizioni dell'ennesima riforma previdenziale*, in *Arg. di Dir. Lav.*, 2008, p. 111 e ss.;
- M. GASLINI, *Sull'efficacia giuridica della Carta del lavoro*, in *Dir. e società*, 1999, p. 379 e ss.;
- G. GEMMA, *Leggi di bilancio e referendum: un altro mutamento della mappa dell'abrogazione popolare*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 22 e ss.
- M. S. GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, I, p. 1 e ss.;
- M. S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, 1977, I, p. 141 e ss.;
- R. GINDRE, *Diritti a trattamenti pensionistici e leggi retroattive in pejus*, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 3879 e ss.;
- A. GIORGIS, *Art. 3,2° co., Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivelli (a cura di) *Commentario della Costituzione italiana*, 2006 ?.
- A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999;
- A. GIORGIS, *La sentenza n. 134 del 1994: una conferma dell'esistenza dei limiti costituzionali alla riduzione dello Stato sociale*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 3153;
- A. GIORGIS, *Indennità di disoccupazione: una "additiva di principio" non vincolante per il legislatore?*, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 564;
- A. GIORGIS, *La Corte costituzionale riserva al legislatore la tutela dei diritti che costano?*, in *Giur. It.*, 1996, p. 530 e ss.;
- R. GIOVANNINI (a cura di), *Il futuro delle pensioni. Demografia, sostenibilità, ideologia*, Roma, 2000;
- F. GIROTTI, *Welfare State. Storia, modelli e critica*, Roma, 1998;
- F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociali*, in AA.VV. *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, 2007, ??
- G. GIUGNI, *Soddisfazione del diritto costituzionale e intervento legislativo*, in *Riv. Giur. Del lav.*, 1994, p. 345 e ss.;
- E. GROSSI, *Sentenze costituzionali di spesa che non costino*, Torino, 1991;
- E. GROSSI, *La sent. n. 88 del 1992: un'alternativa alle additive di prestazione?*, in *Giur Cost*, 1992, p. 2374 ;
- G. GUARINO, *Previdenza e assicurazioni sociali nella nuova costituzione*, in *Riv. It. Prev. Soc.*, 1948, p. 5 e ss.;
- A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio bekka prassi dei giudici comuni*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 3436 e ss.
- G. GURVITCH, *La dichiarazione dei diritti sociali*, ed. curata da A. SCERBO, Milano, Firenze, 2004;
- P. HAEBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Urbino, 1993;
- L. H. A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1991;
- S. HERNANDEZ, *Lezioni di storia della previdenza sociale*, Padova, 1972;
- G. LOMBARDI, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Politica del diritto*, 1, 1999, p. 7 e ss.;
- N. LUPO, *Il 'patto sociale' in Parlamento*, in *Diritto pubblico*, 1999, p. 665 e ss.
- C. LAGALA, *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà*, Bari, 2001;
- C. LAGALA, *Le Regioni e il sistema di sicurezza sociale dopo la legge di riforma costituzionale n. 3 del 2001* in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2002, p. 363 e ss.;
- L. LEVI, *Linee di una teoria giuridica della previdenza sociale*, Milano, 1953;
- LOTTO P.F., *L'obbligo di copertura della legge finanziaria in Parlamento e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 1993;

- C. LAGALA, *Previdenza e assistenza sociale. Origine, evoluzione e caratteri attuali delle tutele*, Roma, 2006;
- A. LA SPINA, *La protezione sociale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2003, p. 883 e ss.;
- A. LUCIANI, *Previdenza sociale e solidarietà collettiva*, in AA.VV., *Studi in onore di D. Napoletano*, Milano, 1986, p. 305 e ss.;
- M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in AA. VV., *Studi in onore di Malio Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, p. 97 e ss.;
- M. LUCIANI, *Il principio è l'uguaglianza*, in *Italia Oggi*, del 5 giugno 1995;
- M. LUCIANI, *Gradualità per le riforme*, in *Italia Oggi*, 12 febbraio 1996;
- N. LUPO, *Costituzione e bilancio. L'art. 81 sulla Cost. tra interpretazione, attuazione e aggiramento*, Roma, 2007;
- M.V.LUPO AVAGLIANO, *Pieni poteri alla Corte dei Conti per il contenimento della spesa pubblica*, in *Giur. Cost.*, 1995 p. 1764 e ss.
- M. MANETTI, *La retroattività e interpretazione autentica: un brusco risveglio per il Legislatore*, in *Giur. Cost.*, 1990, 963 e ss.;
- V. MARCENÒ, *La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, in *Giur. Cost.*, 2000, 1985 e ss.
- D. MARUCCO, *Lavoro e previdenza dall'unità al fascismo*, Milano, 1984;
- I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del Legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della corte costituzionale* in *Giur. Cost.*, 1998, p. 1309 e ss.;
- P. MAURIELLO, *Ancora sul principio dell'affidamento nella sicurezza giuridica*, in *Giur. It.*, 2003, p. 841 e ss.
- F. MAZZINI, *Il sistema previdenziale in Italia fra riforma e conservazione: gli anni della Costituente*, in A. ORSI BATTAGLINI (a cura di), *Amministrazione pubblica e istituzioni finanziarie tra Assemblea Costituente e politica della ricostruzione*, Bologna, 1989, p. 447 e ss.;
- M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964;
- C. MAZZÙ, *Compatibilità economica e società pluralista*, Milano, 2008;
- MINISTERO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE, *relazione sui lavori della commissione (4 luglio 1947 – 29 febbraio 1948)*, Roma, 1948;
- MINISTERO PER LA COSTITUENTE, *Atti della Commissione per lo studio dei problemi del lavoro*, Roma, 1946;
- L. MENGONI, *I diritti sociali*, in ADL, 1998, p. 1 e ss.;
- F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano;
- F. MODUGNO *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 18.
- A. MORRONE, *Il Custode della ragionevolezza*, Milano, 2001;
- C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940;
- C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. del lav.*, 1954, I, p. 149 e ss.;
- C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del Legislatore*, in *Raccolta di scritti, III: problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, p. 928 e ss.;
- A. MOSCARINI, *La Corte costituzionale contro lo Stato sociale?*, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 2027 e ss.;
- A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. e società*, 1999, p. 433 e ss.;
- G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *L'analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2008;

- C. A. NICOLINI, *Tra cumulo e ricongiunzione, la Corte Costituzionale apre un percorso di flessibilità previdenziale* in *Mass. Di giurisprudenza del lavoro*, 1999, p. 656 e ss.,
- N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione della persona umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, 1995;
- N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Padova, 1984;
- N. OCCHIOCUPO, *La Corte Costituzionale: "esigenza intrinseca" della Costituzione repubblicana*, in S. LABRIOLA (a cura di) *Valori e principi del regime repubblicano*, Vol. 3 (*Legalità e Garanzie*), Bari- Roma, 2006, p. 461 e ss.;
- P. OLIVELLI, *La Costituzione e la sicurezza sociale*, Milano, 1988;
- V. ONIDA, *Portata e limiti dell'obbligo di indicazione della "copertura" finanziaria nelle leggi che importano "nuove o maggiori spese"* in *Giur. Cost.*, 1996, p. 1 p. 4 e ss
- R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, II, p. 149 e ss.;
- F. ORLANDI, *La previdenza nella sicurezza sociale*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *La costituzione economica. Prospettive di riforma dell'ordinamento economico*, Milano, 1985, p. ??e ss.;
- A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1996;
- L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1997;
- A. PANDOLFO, *Diritti quesiti e riforma pensionistica*, in *Riv. Dir. lav.*, 1994, p. 295 e ss. ;
- PASSAGLIA, *Dalla «diversità nell'indistinzione» all'enunciazione di tests di giudizio propri delle leggi di interpretazione autentica: la Corte varca il Rubicone?* in *Giur. cost.* p. 219 e ss.;
- M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960;
- M. PERSIANI, *Sicurezza sociale e persona umana* in *I problemi della sicurezza sociale*, 1970, p. 609 e ss.;
- M. PERSIANI, *Livelli delle prestazioni previdenziali economiche, principio di solidarietà, interesse pubblico alla realizzazione della tutela previdenziale*, in *Giur. Cost.*, 1972, p. 1493 e ss.;
- M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Arg. Di dir. Di lav.*, 1998, p. 311 e ss.;
- M. PERSIANI, *Crisi e riforma del welfare state*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, p. 229 e ss.;
- M. PERSIANI, *La tutela previdenziale nella riforma del mercato del lavoro*, in *Prev. e ass. pubbl. e priv.*, 2004, p. 995 e ss.
- M. PERSIANI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale*, in AMBROSO, FALCUCCI (a cura di), *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale, 1998-2005, vol. XI, Saggi*, 2006, p. 16 e ss.;
- M. PERSIANI, *Conflitto industriale e conflitto generazionale (cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, p. 1031 e ss.;
- M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2007;
- M. PERSIANI, *La previdenza complementare*, Padova, 2007;
- R. PESSI, *Il dialogo tra giurisprudenza costituzionale e sistema ordinamentale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, p. 1542 e ss.;
- R. PESSI, *Il requisito previdenziale dell'età pensionabile nella transizione dal regime retributivo al regime contributivo*, in *Dir. Lav.*, 1994, p. 17 e ss.;
- R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2004;
- R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007;
- R. PINARDI *La Corte, i giudici ed il Legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano 1993;

- R. PINARDI, *Osservazioni a margine di inammissibilità (ovvero quando la Corte utilizza la necessità di rispettare la discrezionalità legislativa quale argomento non pertinente* in *Giur. Cost.*, 1993, p. 3559 e ss.;
- R. PINARDI, *Discrezionalità legislativa ed efficacia temporale delle dichiarazioni di incostituzionalità: la sent. 125 del 1992 come decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1083 e ss.;
- C. PINELLI, *Titano, l'eguaglianza e un nuovo tipo di "additiva di principio"* Un'additiva di principio con termine per il legislatore, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 1793 e ss.;
- C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, p. 548 e ss.
- A. PISANESCHI, *Le sentenze di costituzionalità provvisoria e di incostituzionalità non dichiarata la transitorietà nel giudizio costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1989, p. 601.
- F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale*, Padova, 1997;
- G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *ADL*, 2008, p. 357;
- G. PROIA, *Sussidiarietà e previdenza*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, p. 1567 e ss.;
- A. PUGIOTTO, *Il legislatore interprete e le «colonne d'Ercole» e del giudicato*, in *Giur. Cost.* 2000 p. 2656 e ss.;
- A. PUGIOTTO, *Una vicenda esemplare (in tema di interpretazione autentica e materia tributaria)*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 2083 e ss..
- A. PUGIOTTO, *La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *Studium iuris*, 1997, p. 64 e ss.
- J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Bologna, 2008;
- G. U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 775 e ss.;
- S. RENGÀ, *La tutela sociale dei lavori*, Torino, 2006;
- F. RIMOLI, *Stato sociale (dir. cost)*, voce dell'Enciclopedia giuridica, Milano, 2004;
- G. A. RITTER, *Storia dello stato sociale*, Roma- Bari, 1996;
- P. C. ROMAGNOLI, *Previdenza e assicurazione nel sistema costituzionale*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *La costituzione economica. Prospettive di riforma dell'ordinamento economico*, Milano, 1985, p. ? e ss.;
- U. ROMAGNOLI, *Commento art. 3, co 2*, in *Commentario della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), I, Bologna-Roma, 1975, p. 162;
- ? ROMAGNOLI, *I diritti sociali nella Costituzione*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2005, p. 521;
- E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella costituzione italiana*, Padova, 1989;
- A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime note)*, in *Politica del dir.*, 3, 1991, p. 343 e ss.;
- C. SALAZAR, *I diritti sociali alla prova della Giurisprudenza costituzionale*, in *RDSS*, 2004, p. 505 e ss.;
- C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000;
- C. SALAZAR, *"Guerra e pace" nel rapporto Corte-parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive "di principio" quali decisioni atte a rimediare alle "omissioni incostituzionali" del Legislatore* in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Corte Costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, p. 253 e ss.;

- P. SANDULLI, *Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza nel diritto della previdenza sociale*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1998, p. 1 e ss.;
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Riv. It. Prev. Soc.*, 1948, p. 177 e ss.;
- G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, 2000.
- G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998, p. 3953 e ss.;
- G. SCARDILLO, *Brevi cenni sul principio dei diritti acquisiti e le riforme previdenziali alla luce del dettato costituzionale*, in *Giur. di merito*, 1998, p. 822 e ss.
- B. SCIENZA, *La pensione tradita. Conti alla mano perché conviene tenersi il Tfr e non aderire ai fondi pensioni*, Roma, 2007;
- V. SIMI, *Il pluralismo previdenziale secondo Costituzione*, Milano, 1986;
- C. SMURAGLIA, *Sulla intangibilità dei diritti sociali nel contesto costituzionale*, in *Riv. Giur. Del lav.*, 1994, p. 349 e ss.;
- E. SOMAINI, *Equità e riforma del sistema pensionistico. Rapporti tra generazioni e intragenerazionali*, Bologna, 1996;
- A. SPADARO, *Di una Corte che non si limita ad “annullare” le leggi ma “corregge” il legislatore e, dunque, “scrive” - ...o “riscrive” per intero – le leggi (il caso emblematico della giurisprudenza sulle adozioni)* in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Corte Costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, p. 253 e ss.;
- M. STRANGES, *L'invecchiamento demografico in Italia: verso un miglioramento della relazione tra età e lavoro*, in *Quaderni europeo sul nuovo welfare*, 2007, p. 102-118;
- P. TORRETTA, *Forme di lavoro flessibile e diritti dei lavoratori: un banco di prova importante per il costituzionalismo “sociale” comune (europeo e nazionale)*, in M. SCUDIERO, *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2003, p. 583 e ss.;
- T. TREU, *Commento all'art. 36 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma;
- S. TORRICELLI, *Le modifiche retroattive in pejus della normativa pensionistica: il limite dell'affidamento*, *Dir. Pubbl.*, 1998, p. 777 e ss.;
- B. TRENTIN, *Welfare: dal risarcimento alla promozione*, in *Welfare dallo Stato alla Comunità*, Roma, 1996;
- R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Padova, 2005;
- F. VITOLO, *Principi regolatori dell'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti (1898-1947)*, Milano, 1983;
- C. ZANGHÌ, *Per una tutela delle generazioni future* in *Jus*, 1999, p. 623 e ss.;
- G. ZINGARI, *Riforma pensionistica e sistema costituzionale*, in *Riv. di Dir. del Lav.*, 1980, p. 1981 e ss.

